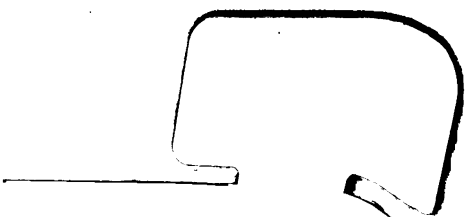
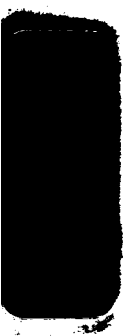
BERTOLINI

A chi e contro chi competeva l'interdetto Salviano

1887

A CHI E CONTRO CHI COMPETEVA

L' INTERDETTO SALVIANO

STUDIO ESEGETICO

DEL

DOTT. CESARE BERTOLINI

BOLOGNA
TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI
1887

ALLA SCUOLA DI DIRITTO ROMANO DELLO STUDIO DI PADOVA

LE CUI VETUSTE ED INSIGNI TRADIZIONI

TENGONO ALTE CON AMORE E SAPERE CONDEGNI

LANDO LANDUCCI E BIAGIO BRUGI

MAESTRI VENERATI

CON GRATISSIMO ANIMO

IL DISCEPOLO

A CHI E CONTRO CHI COMPETEVA L' INTERDETTO SALVIANO

STUDIO ESEGETICO

Sommario

I. Esposizione dell'argomento e dei passi relativi. — II. A chi competeva l'interdetto Salviano? Differenti risposte date dagli scrittori e mio modo di vedere. — III. Contro chi competeva l' interdetto Salviano? Esame critico delle varie teorie proposte e mia opinione.

I.

§. 1. — Fra le questioni più disputate nel diritto ipotecario romano ed in particolare nella difficile teoria dell' interdetto Salviano si nota quella sull'estensione di tale interdetto relativamente alle persone alle quali era concesso e contro cui si poteva intentare. Si domanda cioè: — l' interdetto Salviano dal rapporto di locazione, pel quale esclusivamente senza dubbio sorse, fu esteso col volgere dei tempi anche agli altri rapporti di credito, in quanto fossero stati garantiti nella loro esecuzione da ipoteca? — d'altro lato — l' interdetto Salviano potevasi esperire soltanto contro il soggetto passivo dell' obbligazione (conduttore o debitore in generale a seconda che si risolve in modo affermativo o negativo la precedente domanda) od anche contro i terzi possessori?

La questione, che dai primi interpreti del diritto romano si protrasse, risolta ora in un modo ora nell'altro, fino ai nostri giorni, si divide, come di leggieri si avverte, in due parti distinte, delle quali, per motivi d'ordine e di chiarezza, è necessario trattare separatamente.

Noi ci occuperemo dapprima del quesito, se l'interdetto Salviano fu concesso anche ai creditori ipotecari diversi dal locatore — quesito di pari importanza dell'altro, ma di più breve trattazione — per passare quindi a discutere sull'esperibilità del Salviano contro i terzi possessori.

§. 2. — Prima di tutto però è necessario esporre i passi relativi a tale interdetto che incontriamo nelle fonti, perchè soltanto dall'esame serio e paziente dei medesimi potrà derivare un'opinione che riesca ad appagare le esigenze della scienza.

§. 3. — I. *de interdictis* 4. 15.

.... *Interdictum quoque quod appellatur Salvianum adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

— Iulianus lib. 49. *Digest.* L. 1. D. *de Salviano interdicto* 43. 33.

pr. *Si colonus ancillam in fundo* (1) *pignoris nomine duxerit et eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet.* §. 1. *Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur: inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis condicio melior erit. at si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent.* §. 2. *Idem servari conveniet et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur.*

— Ulpianus lib. 73 (2) *ad edictum* L. 2. D. h. t.

In Salviano interdicto, si in fundum communem duorum pignera sint ab aliquo invecta, possessor vincet et erit eis descendendum ad Servianum iudicium.

(1) *in fundum* leggesi nella Vulgata.

(2) Nel testo originale della Fiorentina si trova 70. La mutazione fu fatta dal **Cuiacio** (*Obs. et emend.* V. 24. — *Opp.*[a] Prati 1836-44 vol. III col. 207) basandosi su altri manoscritti e sull'ordine degli editti, ed universalmente poscia accettata. Infatti nel lib. 73 Ulpiano tratta appunto del Salviano e della Serviana, non così nel lib. 70.

— Paulus lib. 63 *ad edictum* L. 2. §. 3. D. *de interdictis* 43. 1.

.... *Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est* (cioè *apiscendae possessionis*).

— L. 1 C. *de precario et Salviano interdicto* 8. 9.

Imp. Gordianus A. Aristoni. — *Si te non remittente pignus debitor tuus ea quae tibi obnoxia sunt venumdedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit), sed Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emptorem exercenda.* PP. VI id. Sept. Pio et Pontano conss. [a 238].

— Gaius *Institutiones* IV. 147.

Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis [*causa*] *comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

— Paulus *Rec. Sent.* V. 6. 16.

Omnibus bonis, quae quis habet quaeque habiturus est obligatis, nec concubina, nec filius naturalis, nec alumnus nec ea, quae in usu quotidiano habet, obligantur; ideoque de his nec interdictum redditur.

— *Paraphr. gr. ad Instit.* loc. cit.

......Τοιοῦτό ἐστι (cioè *adipiscendae possessionis*) τὸ Σαλβιάνειον ἰντέρδικτον, ὅπερ δίδοται τῷ δεσπότῃ τοῦ ἀγροῦ κατὰ τοῦ κωλονοῦ τοῦ συμφωνήσαντος, ὥστε τὰ εἰσαγόμενα ὑπ' αὐτοῦ ἐν τῳ ἀγρῷ πράγματα ὑποκεῖσθαι ἐν τῷ μισθώματι· ἐὰν γὰρ ἀγνωμονήσῃ κατά παντὸς κατέχοντος τὰ τοῦ κολωνοῦ πράγματα κινηθήσεται τὰ Σαλβιάνειον ἰντέρδικτον (3).

(3) Che volto in latino suonerebbe così: *Huiusmodi est interdictum Salvianum, quod domino fundi datur adversus colonum qui pactus fuit, ut bona ab ipso in fundum invecta pro mercede sint oppignorata. Nam si solvere cessaverit, adversus quemlibet bona coloni possidentem Salviano interdicto agetur.* È la traduzione del **Reitz,** ommesso l'*omnia* fra il *bona* e l'*ab ipso* perchè non esiste la voce corrispondente nell' originale.

Gli studi dotti e profondi del nostro **Ferrini,** cui fecero largo plauso la critica italiana e la straniera, hanno definitivamente posto in sodo che la parafrasi greca delle Istituzioni non può attribuirsi a Teofilo, onde, seguendo l'esempio del Kniep (*Vacua possessio*) e da altri scrittori recenti, nel citarla ne abbiamo

— Nei Basilici troviamo la L. 1. C. cit. riprodotto nella L. 36 tit. 2 lib. 25 sotto la rubrica περὶ ἐνεχύρων καὶ ὑποθηκῶν καὶ τῶν συμφώνων αὐτῶν (4) come segue:

Ὁ μὲν μισθώσας ἔχει ἀγωγὴν τοῦ παραγγέλματος Σαλβιανοῦ κατὰ τῶν ὑποκειμένων αὐτῷ πραγμάτων τοῦ μισθωτοῦ · ὁ δὲ δανείσας τὴν ἐπὶ τοῖς ἐνεχύροις ἀγωγὴν κατὰ τῶν ὑποκεμένων αὐτῷ πραγμάτων τοῦ ἰδίου χρεώστου (5).

e la L. 1. D. *de Salv. int.* 43. 33 nella L. 28 tit. 17 lib. 60 sotto la rubrica περὶ βιαίων πραγμάτων ἁρπαγέντων, καὶ περὶ ὀχλαγωγίας, καὶ περὶ βίας ἐντόπλου attribuita ad Ulpiano e concepita come segue (6):

Ἐὰν μισθωτὸς ἀγροῦ θεπάραιναν ὀνόματι ἐνεχύρου εἰςαγάγῃ, καὶ πωλήσῃ σοι αὐτήν, καὶ εἰς τὸ τεχθὲν παρὰ σοὶ οὐτιλίως κινεῖται τὸ μόμιμον παράγγελμα. — Εἰ ἐν ἀγρῷ δύο τινῶν μισθωτὸς εἰραγάγῃ τι ὡς ἐνέχυρον, ὥστε ἑκατέρῳ, εἰς ὁλόκληρον ὑποκεῖσθαι, ἑκάτερος κατὰ ἐξωτικοῦ ἁρπάσαντος, ὁ νεμόμενος καλλίων ἐστίν, εἰ δὲ μερικῶς ὑπετέθη τὰ πράγματα, οὐτιλίως ἑκάτερος κινεῖ, καὶ τὸ ἥμισυ τῆς νομῆς ἐκδικεῖ. — Τὸ αὐτὸ κἂν ἐπίκοινον πρᾶγμα εἰςήγαγην ὁ μισθωτός. κατὰ γὰρ τὸ ἥμυσι ὡς ἐνέχυρον ἐκδικεῖται (7).

e la L. 2 D. h. t. riprodotta nella L. 29 nei seguenti termini (8):

Ἐὰν εἰς κοινὸν ἀγρὸν ἐνέχυρα εἰρενεχθῇ, ὁ νεμόμενος νικᾷ, καὶ λοιπὸν κινεῖται ἡ κατὰ τῶν πραγμάτων τοῦ μισθωτοῦ ἀγωγή (9).

soppresso il nome. Quanto all' importanza che tuttavia essa conserva e che noi pure le abbiamo assegnato in questo scritto, ci associamo pienamente al **Landucci,** *St. del d. r.* (Padova, 1886...).

(4) Nell' edizione dell' **Heimbach** vol. III pag. 72.

(5) Che l' **Heimbach** esattamente traduce così: *Locator quidem actionem interdicti Salviani habet adversus res conductoris sibi obligatas, creditor autem actionem hypothecariam adversus res debitoris sui sibi obligatas.*

(6) Nell' edizione dell' **Heimbach** vol. V pag. 592, 593.

(7) Tradotto dall' **Heimbach** esattamente in questo modo: *Si colonus fundi ancillam pignoris nomine intulerit et vendiderit eam tibi, etiam in partum eius qui apud te est, utiliter interdicto agitur. — Si in fundum duorum colonus intulerit aliquid quasi pignus, ita ut utrique in solidum obligaretur, uterque adversus extraneum capientem rem illatam recte agit. Sed si inter se agant potior est possessor. Quod si pro parte res obligaverit, utiliter uterque agit, et dimidium possessionis vindicat. — Idem est et si rem communem colonus intulerit. Nam pro dimidia parte quasi pignus vindicatur.*

(8) **Heimbach,** vol. V pag. 594.

(9) *Si in communem fundum pignora illata sint, possessor vincit et deinde movetur actio in res coloni* (vers. **Heimbach**).

— Nel *Breviarum Alaricianum* il passo cit. della *R. S.* di Paolo si trova interpretato così:

Si quis debitor creditori suo talem fecerit cautionem, ut omnia ei quae in bonis suis habet, vel habiturus est, oppignorasse videatur, in tali conditione nec concubina, nec filius naturalis, nec alumnus nec ea quae in usu quotidiano habet, obligantur. Nec momentum si creditor petat de his rebus, quas superius diximus, accipere potest (10).

II.

§. 3. — Imprendiamo a trattare del primo quesito — se l'interdetto Salviano fu col volgere dei tempi esteso anche agli altri rapporti di credito o rimase sempre ristretto al pegno locativo.

Moltissimi autori, così fra i teorici come fra i pratici, ammet-

(10) Per le Istituzioni, Digesto, Codice, Gajo, Paolo, Parafrasi, Basilici, Breviarum Alaricianum abbiamo seguito rispettivamente le edizioni dello **Schrader, Mommsen , Krueger , Dubois , Huschke , Reitz , Heimbach , Haenel.**

Il **Lenel** *(Ed. perpet.*, Leipzig 1883, §. 266) ritiene che nella sua forma originale si riferisse al Salviano la L. 21. §. 1. D. *de pign. et hypoth.* 20. 1. Ulpianus lib. 73 *ad ed.*: *Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat et pigneravit, teneat, Servianae locus est, et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet: et ita Iulianus ait et habet rationem.*

Sarebbe fuor di proposito per noi il discutere se sia fondata o meno tale supposizione, sendochè, quando pure attribuito al Salviano, quel paragrafo non ha importanza nella controversia di cui stiamo occupandoci. Che se esso parla del debitore in generale *debitor*, nella sua forma primitiva secondo il Lenel doveva trattare del conduttore; infatti egli non cita punto tale § fra i passi riportati in suffragio della teoria che proclama l'estensione del Salviano a tutti i rapporti di credito (cfr. **Lenel** loc. cit. nota 9).

Altri limita la L. 14. pr. D. h. t. all'interdetto Salviano. Ulp. lib. 73 *ad ed.*: *Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit an et medio tempore persequi pignora permittendum sit, et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea: et ita Celsus scribit.* Anche questo passo in ogni caso non ha relazione col nostro argomento.

tono l'estensione (1): copiosi però sono anche gli scrittori che so-

(1) **Cyrilli,** *Comm. ad Instit.* (Neapoli 1738) in §. 3 *de interdictis* 4. 15. — **Vultelі,** *Comm. in Instit.* (Marpurgi 1713) eod. — **Oinotomi,** *Comm. in Instit.* (Venetiis 1762) eod. — **Zasii,** *Comm. in Instit.* (*Opp.* Francof ad Moen. 1590) in §. 7 *de actionibus* 4. 6. — **Klingii** *Enarrat. in Instit.* (Lugduni 1637) lib. IV tit. 6. — **Ludwelli,** *Comm. in Instit.* (Altdorffi 1662) in §. 3 *de int.* 4. 15. — **Maieri,** *Comm. theor.-pract. Instit.* (Tubingae 1686) lib. 4 tit. 15. — **Sacci,** *Comm. in Istit.* (Venetiis 1760) eod. — **Bartoli,** *Comm. ad Pand.* ad L. 1 *de Salv. int.* 43. 33 e *Comm. in Cod.* ad L. 1 *de prec. et Salv. int.* 8. 9 (*Opp.* Venetiis 1602-3 vol. V pag. 150 *b* e vol. VIII pag. 96 *a.* — **Voet,** *Comm. ad Pand.* (Venezia 1846-52) eodem. — **Ayblinger,** *Comm. ad Pand.* (Augustae Vindel. 1746) eod. — **Raguelli,** *Comm. ad const. et decis. Iustin. quae XII lib. Cod. contin. et ad priores tit. lib. 8 Cod.* (Parisiis 1610) ad L. 1 *de prec. et. Salv. int.* 8. 9. — **Giphanii,** *Explanat. diffic. et celebr. leg. Cod.* (Coloniae Plancianae 1514) eod. — **Cuiacii,** *Recit. sol. in Cod.* ad lib. 8 tit. 9, *in Instit.* IV. 6, §. 6, *in Iuli Pauli R. S.* V, 6 in fine, *paratitla in Dig.* ad h. t. (*Opp.* Prati 1836-44, vol. 9 col 1781, vol. 2 col. 1271, vol. 5 col. 2206, vol. 3 col. 272).—**Perezii,** *In Instit.* (Venet. 1773) lib. 4 tit. 15 e *Praelect. in Cod.* (Venet. 1773) ad h. t. — **Pacii,** *Anal. Instit.* (Patavii 1672) ad §. 3 h. t. e *in Pandectas* (Traiecti ad Rhenum 1780) ad h. t. — **Lauterbach,** *Compend. iuris* (Tubingae 1697) h. t. e *Coll. th. pract. Pand.* (Tub. 1743-4) h. t. e lib. 20 tit. 1 num 79. — **Gasparri,** *Inst. iuris civ.* (Venet. 1722) pars III tit. 11 num. 36, 37. — **Menkenii,** *Theor. et praxis Pand.* (Lipsiae 1715) lib. 43 tit 33. — **Merenda,** *Controv. juris.* (Venet. 1625) lib. V cap. 37, 38. — **Richeri,** *Codex* (Aug. Taur. 1783-86) tit. 25 e *Diction. juris* (Taur. 1792) ad v. *Salvianum.* — **Fachinei,** *Controv. juris* (Venet. 1619) lib. VIII cap. 92. — **Struvii,** *Syntagma juris civ.* (Jenae 1678) exerc. 45 th. 33. — **Arcasii,** *Comm. iur. civ.* (Aug. Taur. 1782-4) lib. 6 cap. 19. — **Maschat** e **Walbrecht,** *Resolut. quaest. controv.* (Venet. 1764) coutrov. XI. — **Heinecii,** *Elem. iur. civ.* (Neapoli 1764) lib. 43 tit. 33. — **Meissner,** *Vollst. Darstellung von stillschweig. Pfandrechte* (Leipzig 1803-4) pag. 110, 111. — **Merlini,** *De pignorib. et hypoth.* (Venet. 1661) lib. V qu. 76 n. 3 e qu. 77 n. 6. — **Olibani,** *De actionibus in rem civil. et praet.* (Barcinonae 1606) pars II lib. I cap. 30 n. 6. — **Menochii,** *Comm. de adip. et retin. poss.* (Venetiis 1571) remed. 3 num. 23. — **Mollenbecii,** *Thes. iur. civ.* (Lemgoviae 1717) lib. 43 tit. 33. — **Titii,** *Ius privat. rom. germ.* (Lipsiae 1724) lib. 3 cap. 16 §. 11. — **Bachovii,** *De actionibus* (Francof. 1657) disp. III th. 38, *de pignor. et hypoth* (Francof. et Rostochii 1656) lib. III cap. 20 e *ad Treutlerum* (Francof. et Bremae 1660) de interd. th. 2. — **De Retes,** *De interdictis et remed. possess.* (nel *Thesaurus* del **Meermann** vol. VII pagg. 495-539) §. 35. — **Van Eck,** *Princip. juris. sec.*

ord. Dig. (Traiecti ad Rhenum 1756) lib. 43 tit. 33. — **Wesembecii,** *Comm. in Instit.* (Patavii 1687) in §. 3 de *interd.* 4. 15 e *In Pandectas* (Moguntiae 1608) h. t. — **Boehmer,** *Institut.* (Halae Magdeb. 1728) eodem n.ª c., *doctrina de actionibus* (Francof. 1787) sect. II cap. 3 §. 103. — **Rihelii** *De pignorib. et hypoth.* (Argentorati 1625) n. 38. — **Negusantii,** *De pignorib. et hypoth.* nel *Corpus select. tractat. de pignor. et hypoth.* (Francof. ad Moen. 1586) pag. 49 n.ª 133 e pag. 191 n.ª 12. — **Huberi,** *Praelect. iur. civ.* (Maceratae 1838-9) vol. I pag. 463. — **Schulting,** *Iurispr. anteiust.* (Lipsiae 1737) ad Paull. R. S. V. 6. 16. — **Bucher,** *System der Pandekten* (Erlangen 1822) §. 218. — **Gesterding,** *Die Lehre von Pfandrecht nach den Grunds. des röm. Rechts* (IIª ed. Greifswald 1831) pagg. 410, 411. — **Vering,** *Geschichte und Pandekten des röm. ünd heutig. gem. Privatrechts* (Maynz 1875) pag. 406. — **Del Rosso,** *Saggio di dir. priv. rom. att.* (Pisa 1844-60) vol. II pag. 241. — **Pothier,** *Pand.* (trad. it., Venezia 1841-2) h. t. — **Serafini,** *Elem. di dir. rom.* (Pavia 1859) vol. II pag. 219 e *Istituz. di dir. rom.* (III ediz. Firenze 1881) §. 98. — **Doveri,** *Istit. di dir. rom.* (Firenze 1866) vol. I pag. 655. — **Vangerow,** *Lehrb. der Pand.* (7ª ed. rist. Marburg und Leipzig 1876) §. 390, anmerk. num. 2. — **Brinz,** *Lehrbuch der Pand.* (II ed. Elangen 1873-86....) vol. II pag. 858. — **I. L. Schmidt,** *Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden* (8ª ed., del Martin, Jena 1823) §. 495. — **Hellfeld,** *Iurispr. for. sec. ord. Pand.* (ed. dell' Oeltz (Jenae 1787) §. 1878. — **Weber,** *Erläut. der Pand. nach Hellfeld* (Leipzig 1820) ad §. 1878. — **Höpfner,** *Comm. üb. die Heinecc. Instit.* (8ª ed. di A. D. Weber, Frankf. am Main 1818) §. 1213. — **Statilii Pacifici,** *Tractatus de Salviano interdicto* (Venet. 1656) insp. I cap. 1 n. 10 e inspect. III cap. 1 num. 4. — **H. L. Palms,** *Disp. inaugur. de Salviano interdicto* (Giessae 1663) pagg. 7, 10, 12, 19, 29, 31. — **C. M. Dorn,** (praes. A. Eckolt), *Disput. iurid. de Salv. int.* (Lipsiae 1664) XXX, XXXI. — **I. H. Berger** (resp. D. G. Sillig), *De iuribus interdicti Salviani* (nelle *Dissertationes iuris selectae,* Lipsiae 1707 disp. XIII pagg. 365-384) VII e IX e *Oeconomia iuris* (ed. 8, dell'Haubold Lipsiae 1801) lib. II tit. 15 §. 12. n. 2. — **P. H. Lastrop** (praes. I. L. E. Püttmann), *Dissert. inaugur. iurid. de Salv. int.* (Lipsiae 1773), inserita poi nella *Sylloge varior. opuscol.* del Püttmann, Lipsiae, 1786 al num. 9, pagg. 241-292) cap. 6. — **Forch,** *De Salv. int.* (Bonnae 1850) pagg. 8, 11, 18. — **Thibaut,** *Ueber das Salvianische Interdict,* nell' *Archiv. f. d. civ. Praxis* vol. XI (st. VII, pagg. 123-144) pagg. 132, 136 e *System des Pandcktenrechts* (9ª ed., del Buchholtz, Jena 1836) §. 364.

Il **Leyser,** che nei §§. 16 e 17 di una sua *dissertatio ad tit. Inst. de interdictis* (moderante Got. Straussio Vitembergae 1702: è il I° degli *opusc. Leyseriana* che si trovano nel vol. XII delle *Meditat. ad Pand.*) aveva ammessa l'esperibilità del Salviano solo contro il conduttore, più tardi nelle *Meditationes ad Pandectas* (Lips. et Giess. 1772-5) ad lib. 43 tit. 33 spec. 511. 5 respinse la tesi sostenuta in quella dissertazione « *quam pene puer elaboravit.* »

stengono la tesi contraria. (2).

Incerti, con inclinazione però a riconoscere il Salviano esperibile contro debitori a qualunque titolo, si mostrano il **Bonjean,** *Traité des actions chez les Rom.* (Paris 1845) §. 334 n.[a] 1, il **Maynz,** *Cours de droit rom.* (4[a] ed., Bruxelles 1876-7) §. 167, il **Ronga,** *Elem. di dir. rom.* (Torino 1871) vol. I pagg. 342, 361 e vol. III pag. 289, il **Windscheid,** *Lehrb. des Pandektenrechts* (5[a] ed. rist. Stuttgart 1882) vol. I° pagg. 766 n.[a] 5, il **Baron,** *Pandekten* (6[a] ed. Leipzig 1887) pag. 321.

Per la pratica vedi fra gli altri il **Mühlenbruch,** *Doctr. Pand.* (ed. III[a] Halis-Saxonum 1831) vol. II pag. 202, il **Leyser,** *loc. cit.*, il **Brunnemann,** *Comm. in Cod.* (Neapoli 1780) lib. 8 tit. 9, il **Wening-Ingenheim,** *Lehrb. des gem. Civilrechts* (5[a] ed., del Fritz, München 1837) vol. I pag. 453, il **Göschen,** *Vorlesungen über das gem. Civilrecht* (Gött. 1833-40) §. 361.

Qui, come dovunque, citiamo gli autori che abbiamo potuto consultare e studiare (e secondo le edizioni nelle quali li abbiamo veduti). Qualche altro autore aderente a questa opinione trovi citato dal **Palms,** *diss. cit.* pagg. 29, 30, dal **Pacifico,** *op. cit.* insp. I, cap. 1, num. 10, dal **Thibaut,** nell'*Archiv* XI pag. 132 n.[a] 16, dal **Forch,** *op. cit.* pag. 11 e 12.

(2) **Kees,** *Comm. in Instit.* (Venet. 1756) ad §. 3 *de interdictis* 4. 15. — **Ant. Matthaei,** *Notae et animadv. in Instit.* (Amstelodami 1657) eodem. — **Harprecht,** *Comm. in Instit.* (Hanoviae 1657) eod. — **Bruni,** *Interpret. in Instit.* (Taurini 1769) lib. IV cap. 5. — **Wissembachii,** *Disputat. ad Instit.* (Franerae 1666) disp. 51 th. 1 num. 17. — **Arn. Vinnii,** *Comm. in Instit.* (Venet. 1761) lib. 4 tit. 15. — **Cremani,** *Instit. iur. civ.* (Ticini 1795) lib. 4 t. 15 num. 17. — **Balduini,** *Comm. in Instit.* (Parisiis 1554) §. 3 *de int.* 4, 15. — **Hotomani,** *Comm. ad Inst.* (Basileae 1560) eod. — **Schrader** nelle note alla sua ediz. del *Corpus iuris* (I.... Berol. 1832) eod. — **Corvini,** *Instit.* (Venet. 1643) lib. 4 tit. 15. — **Glossa** in L. 2. D. *de interd.* 43. 1 sub v. *de pignoribus* e in l. 1. C. *de prec. et Salv. int.* 8. 9 sub vv. *debitor tuus, debitoremve, competit.* — **Baldi,** *Comm. in Cod.* in L. 1 h. t. e *Comm. in Instit.* ad §. 2 *de interd* 4. 15 (*Opp.* Venet. 1586-95) — **Brunnemann,** *Comm. in Cod.* (Neapoli 1780) eod. e *Comm. in Pand.* ad lib. 43 t. 33 (Neapoli 1780). — **Donelli,** *Comm. in Cod.* ad L. 1 h. t. e *Comm. de iure civ.* lib. 15 cap. 37 num. 9 (*Opp.* Florentiae 1840-7, vol. IX col. 1038 e vol. IV col. 361). — **Ioh. Fabri,** *Codicis Breviarium* (Lugduni 1694) ad h. t. — **Zoesii,** *Comm. in Cod.* h. t., *Comm. in Pand.* h. t., *Comm. ad Instit.* §. 2 h. t. (*Opp.* Venet. 1757). — **Duareni,** *In Dig.* h. t. (*Opp.* Luccae 1785). — **Brant,** *Exposit. titul. iur. civ. et canon.* (Lugduni 1544) ad h. t. Dig. — **Bellapertica,** *Comm. ad Instit.* (Lugduni 1536) ad §. 7 *de action.* 4. 6. — **Bodei,** *Comm. in Instit.* (Parisiis 1555) eod. — **Azonis,** *Summa* (Venet. 1606) e *Comm. ad sing. leg. Cod.* (Parisiis 1577) h. t. — **Ant. Thesauri,** *Decis. Senat. Pedemont.* (Aug.

Taurin. 1794) dec. 176. 5. — **Curtii**, *Coniect. iur. civ.* cap. 39 (nei *Thes.* dell' **Otto**, vol. 5 col. 225). — **Mühlenbruch**, *Doctr. Pand.* vol. III pag. 202. — **Trentleri**, *Selectae disput. ad ius civ. Inst.* (Francf. ad M. 1649) vol. II disp. 25 th. 2. — **Hunnii**, *ad Treutler.* (Francof. ad M. 1624-40) vol. II disp. 25 th. 2 qu. 49. — **Sintenis**, *Handb. des gem. Pfandrechts* (Halle 1836) §. 60 e *Das prakt. gem. Civilrecht* (II ediz. Leipzig 1860-1) §. 80. — **Dernburg**, *Das Pfandrecht nach den Grunds. des heutig. röm. Rechts.* (Leipzig 1860-4) vol. II pag. 345 e segg. — **Westphal**, *Versuch einer syst. Eläut der sämmtl. röm. Gesetze vom Pfandrecht* (III^a^ ediz. Leipzig 1800) pag. 410. — **Bachofen**, *Das röm. Pfandrecht* (vol. I.... Basel 1847) pag. 17. — **Ant. Fabri**, *De error. pragmat* (Lugduni 1658) dec. 58 err. 1 e dec. 60 err. 5 e 6. — **Accarias**, *Précis de droit rom.* (II^a^ ed. Paris 1872) vol. II pag. 1347 n.^a^ 1 e pag. 1350 n.^a^ 1. — **Mackeldey**, *Hand. des röm. Rechts* (vers. it. Ricci, Milano 1866) §. 359. — **Kuntze**, *Cursus des röm. Rechts* (Leipzig 1879) §. 553. — **Demangeat**, *Cours élém. de dr. r.* (II^a^ ed. Paris 1866) vol. I pag. 702. — **Van Wetter**, *Cours élém. de dr. r.* (II^a^ ediz. Paris 1871-2) §. 169. — **Fresquet**, *Traité élém. de dr. r.* (Paris 1857) vol. II pag. 358. — **Ortolan**, *Instit. de Justinien* (trad. it. Longo-Mancini, Napoli 1856) vol. II pag. 246. — **Ruggieri**, *Il possesso e gli istit. di dir. pross. ad esso tratt. in d. r.* (Firenze 1880) vol. II pag. 264 n.^a^ 1. — **Unterholzner**, *Die Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen* (Leipzig 1840) §. 374. — **Padelletti-Cogliolo**, *St. del dir. rom.* (Firenze 1886) pag. 532. — **Puchta**, *Cursus der Instit.* (9^a^ ed., del Krüger, Leipzig 1881) vol. II pag. 262 n.^a^ c. e pagg. 263, 264, e *Pandekten* (12^a^ ed. dello Schirmer, Leipzig 1877) pag. 331. — **Machelard**, *Théor. gén. des interdits en dr. r.* (Paris 1865) pagg. 110-113. — **Haimberger**, *Ius rom. priv. idque purum* (trad. it. Bosio, Venezia 1840) §. 257. — **Wening-Ingenheim**, *Lehrb. des gem. Civilrechts* (5^a^ ed., del Fritz, München 1837-8) vol. I pag. 453. — **Fritz**, *Erläut., Zusätse und Berichtig. zu Wening Ingenheim's Lehrbuch* (Freiburg 1833-9) vol. I pag. 538 e segg. — **Zimmern**, *Erklärungder L. 1 C. de prec. et Salv. int.* 8. 9 nella *Linde's Zeitschr.* vol. I pag. 54-56; *Noch ein Wort über das Salvianische Int.* nell' *Archiv f. d. civ. Pr.* vol. XI (pagg. 345-356) pag. 354; *Gesch. des röm. Privatrechts* (Heidelberg 1826-9...) vol. III §. 72. — **Heimbach** nel *Weiske's Rechtslexicon* sub v. *interd. Salvianum* vol. 5 pag. 622 e sub. v. *Pfandrecht*) vol. 8 pag. 44. — **Rudorff**, *Ueber die Pfandklagen* (nella *Zeitschr. für gesch. Rechtswiss.* vol. 13 pagg. 181-247) pagg. 215, 216, 224. — **Franke**, *Von den Frücten des Pfandes* nell' *Archiv f. d. civ. P.* vol. 30 (pagg. 151-195) pagg. 177, 179. — **Huschke**, *Ueber das Salvianische Interdict* negli *Studien des röm. Rechts*, vol. I (Breslau 1830, pagg. 337-400) pagg. 349-363.

Qualche altro autore troverai citato dal **Thesaurus** *op. cit.* dec. CLXXXVI. 10, dal **Merenda** *op. cit.* V. 38, dal **Palms** *op. cit.* pag. 29.

Il **Derburg**, che nel *Pfandrecht* loc. cit. negava in massima l' estensione

Dopo un esame serio e coscenzioso dei passi e delle varie ragioni addotte, noi non esitiamo ad ammettere che il Salviano fu esteso a tutti i creditori ipotecari. Ecco gli argomenti sui quali basa il nostro giudizio:

§. 4 — I. Paolo nella L. 2. §. 3. D. *de interdictis* 4. 15 parla del Salviano in termini generali col dire: *Salvianum interdictum* **quod est do pignoribus.......** « l' interdetto Salviano, quello cioè che tutela i pegni. » È solo mediante un arbitrio che si può restringere tale linguaggio al pegno locativo: se al tempo in cui scriveva Paolo l'interdetto fosse stato pur sempre limitato al rapporto di locazione, egli si sarebbe espresso ben diversamente ed avrebbe detto *Salvianum interdictum quod est de pignoribus a* **locatoribus constitutis** e simili, e non già volendo caratterizzare tale mezzo giuridico, avrebbe ommesso totalmente di far cenno del rapporto di locazione, usando un linguaggio in questo caso alquanto strano ed inesatto.

§. 5. — II. Lo stesso Paolo nelle *R. S.* V. 6. 16 esclude talune cose dal pegno generale, soggiungendo che riguardo ad esse, naturalmente non si accorda l' interdetto (1). Donde *a contrario* si deduce, che per le cose non escluse l' interdetto aveva efficacia. Ammesso il Salviano per le ipoteche generali, a forziori doveva valere in caso si fossero obbligate cose singole, *indipendentemente, come nel passo di Paolo, dal titolo del credito.*

Gli avversari, per prevenire tale conseguenza che diretta e naturale discende dalle parole del testo, sottintendono che in questo passo si tratti del rapporto di locazione. Ma non si può accettare una supposizione, per la quale non troviamo il benchè menomo appoggio nel linguaggio del frammento, non contenendo questo neppure una parola relativa alla locazione e conduzione ed in parti-

del Salviano a tutti i creditori, tutt' al più concedendolo per qualche caso analogo, nelle *Pandekten* (Berlin 1885-6) vol. I pag. 861 lascia la questione insoluta, limitandosi a dire che in favore dell' estensione si allegano L. 1. C. h. t. e Paull. *R. S.* V. 6. 16. Ora riflettendo che, anche senza dilungarsi nel dar dimostrazioni, egli avrebbe potuto, volendolo, far conoscere l' opinione espressa nel *Pfandrecht* soggiungendo che questi passi citati in favore dell' estensione nulla provano o sono insufficienti oppure senz' altro rimandando al *Pfandrecht*, crederei che l' illustre professore abbia mutato parere od almeno sia incerto.

(1) Quanto alle cose escluse cfr. L. 6, 7, 8, 9 pr. D. *de P. et H.* 20. 1 e L. 1. C. *quae res pign.* 8 16. (17).

colare al pegno locativo. Aggiungasi come, anche ammettendo pel momento che si tratti soltanto della locazione, non si avrebbe più ad ogni modo l'ordinario oppignoramento degli *invecta et illata*, ma una speciale convenzione, abbracciante *omnia bona quae quis habet quaeque habiturus est;* sicchè, non pel titolo del credito, ma per la materia, per gli oggetti cioè sottoposti ad ipoteca, si uscirebbe egualmente dal vero e caratteristico pegno locativo, senza contare che rimane sempre discutibile l'uso di una simile ipoteca di tutti i beni presenti e futuri a garanzia del locatore (2). Il *Breviarium Alaricianum*, esponendo il passo in termini generali, anzichè frantenderlo, come vorrebbero gli avversari (3), vi si mantiene fedele e lo interpreta ottimamente.

Il Dernburg (4), non approvando da un lato l'arbitrario sottinteso e dall'altro non volendo ammettere il Salviano all'infuori della locazione, intende il passo in questione come segue: Paolo — egli dice — esamina a proposito dell'interdetto Salviano, se il conduttore che ha ipotecati i suoi *illata* nella loro totalità, abbia inteso di comprendere tra essi anche la *concubina*, il *filius naturalis*, l'*alumnus et ea quae in usu quotidiano habet*. Per rispondere al quesito, il giureconsulto si riporta all'ipoteca generale, e dal fatto che in quest'ultima tali cose sono escluse, deduce che pur nel caso di cui si tratta esse non saranno obbligate. Così (soggiunge il Dernburg) il passo ha effettivamente significato ed importanza, mentre secondo il senso ordinariamente assegnatogli, Paolo direbbe, che quegli oggetti sono esclusi dall'ipoteca generale e che perciò non si accorda relativamente ad essi alcuna azione, *proposizione quest'ultima che nulla aggiungerebbe di nuovo.*

(2) È curioso come l'**Accarias** (*Précis de droit rom.* vol. II pag. 1350 n.ª 1) faccia fra le altre una osservazione analoga ed anzi più decisiva per negare l'estensione del Salviano. La teoria che ammette tale estensione — egli dice — si basa « ...... *et sur un passage des sentences de Paul (V, 6, 16) où il est question d'une hypothèque qui porte sur tous les biens présents et à venir te qui par conséquent ne peut pas être celle du locator fundi.....* » dunque, seguitando, Paolo accorda il Salviano a vantaggio di un creditore non locatore: questa sarebbe la conclusione logica, affatto opposta alle conseguenze che trae l'**Accarias.**

(3) Cfr. **Huschke,** *Studien* pag. 357, **Heimbach** nel *Weiske's Rechtslex.* vol. V pag. 622.

(4) *Pfandrecht* vol. II pagg. 346, 347.

Ma troppe volte si oltrepassano nei testi giuridici i limiti del puro necessario, perchè tanta meraviglia possiamo mostrare in questo e farne il punto di partenza, si può dir unico, per la ricerca di un senso diverso da quello che naturalmente deriva dalle parole del testo. È vero che una volta esclusi da oggetti dall' ipoteca, di leggieri si arguiva che il Salviano, il quale tutelava il diritto di ipoteca, non poteva colpirli, ma infinite volte troviamo espresse nelle fonti conseguenze ancora più semplici e naturali e ripetuto addirittura lo stesso concetto. Che Paolo non pretenda di dire grandi novità nell' ultima proposizione del suo passo, già lo rivela l' uso fatto dell' *ideo,* che è la congiunzione d' ordinario adoperata appunto per indicare conseguenze pratiche, piane, semplici (5). A me pare che fra l'ammettere che il frammento di Paolo, inteso conforme alle parole del testo, contiene nella fine una proposizione la quale già da sè discendeva da quanto precedentemente era stato detto, e l' interpretazione del Dernburg per la quale si riferisce il passo a fatti e circostanze di cui non troviamo in esso traccia, la scelta non possa esser dubbia (6).

(5) Esempi di conseguenze, che si sarebbero potute trarre dal lettore, ed in generale di proposizioni che si sarebbero potute ommettere, si riscontrano ad ogni momento nel *Corpus iuris.* Nè la brevità delle *Sententiae*, invocata in suo aiuto dal **Dernburg,** può servire di speciale giustificazione: leggiamo infatti in Paull. *R. S.* 21 b. 1. *Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium* **et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dari potest,** in cui, molto più che nel caso nostro, si avrebbe potuto ommettere la seconda proposizione che nulla aggiunge di nuovo. Vedi nello stesso Paolo *R. S.* II. 8. 1; II. 21. 1; III. 1. 3; III. 6. 86; IV. 8. 23; V. 11. 2; V. 12. 9; per limitarci, allo scopo di dare piena l' analogia, ai casi in cui, come nel nostro, è fatto uso dell' *ideo (et ideo, ideoque).*

(6) L' interpretazione data dal **Dernburg** del passo di Paolo mi pare che già si trovi già accennata nelle *Istituzioni* del **Puchta** (vol II pag. 264 n.ª *i*).

Il **Puchta,** esponendo la sua interpretazione di tal passo, cita l' **Huschke** (*op. cit.* pag. 355 e segg.); ma nel fatto egli in parte si allontana dall' **Huschke** (che suppone, insieme colla maggior parte degli avversari, un soggetto sottinteso, il locatore) ed accenna una nuova interpretazione, appunto questa, che più tardi fu largamente svolta dal **Dernburg.** Cito in prova le parole del **Puchta** *(loc. cit.)* « ..... *Paul V. 6. 16 ..... sagt, der Grudsatz dass gewisse Sachen nicht unter einer generellen Verpfändung begriffen würden, gelte auch für das Interdict also auch für die Verpfändung der invecta illata.....* », pregando il lettore a confrontarle con **Huschke,** *Studien* pag. 356 e **Dernburg,** *Pfandr.* vol. II pag. 346.

Pochi scrittori infine tra gli avversari sostennero che l'*interdictum* di cui parla Paolo, non è il Salviano. Così fece il Rudorff, il quale disse che i creditori ipotecari diversi dal locatore potevano avere all'occorrenza degli *interdicta adipiscendae possessionis*, non determinati e regolati preventivamente come il Salviano, bensì concessi di volta in volta, *repentina* (7). Ma di tali interdetti non possiamo trovare traccia nelle leggi (8). Il Machelard (9), seguendo quest'ordine di idee, intende che nel frammento di Paolo si tratti di un creditore qualunque il quale abbia ottenuto un *pignus* sull'insieme dei beni del debitore ed avendone conseguito il possesso, lo abbia poscia abbandonato in *precarium* al debitore; in questa ipotesi il creditore, qualunque sia la causa del debito, potrà esercitare gli interdetti che proteggono il possesso; tuttavia vi sono certe cose tacitamente eccettuate, riguardo alle quali non potrà farne uso. Anche questa interpretazione non si può accettare perchè non ha fondamento di sorta nel testo (10).

Sicchè si vede come i tentativi fatti per distogliere il frammento di Paolo dal suo significato naturale, non reggono alla critica e bisogna ammettere che da quel passo il Salviano risulta esteso a tutti i creditori ipotecari e non già limitato al solo locatore (11).

Osserviamo poi come questo frammento di Paolo e l'altro

(7) Nella *Zeits. für gesch. Rechtsw.* vol. XIII pagg. 204, 215.

(8) Contro l'esistenza di tali interdetti vedi anche **Francke** nell'*Archiv f. d. c. P.* XXX pag. 180, **Forch,** *de Salv. int.* pag. 8 n.ª 3. La L. 3. C. *de pignor.* 8. 13 (14) non dà punto il diritto di ammetterli: cfr. **Dernburg** *op. cit.* vol. II pag. 328 n.ª 6, **Demangeat,** *Interdits* pag. 113.

(9) *Op. cit.* pagg. 111, 112.

(10) Il **Fritz** (*Erläut. zu Wening-Ingenheim* vol. I pag. 540) dice senz'altro che il passo di Paolo è troppo indefinito, troppo enigmatico, perchè se ne possa tener conto. In modo analogo egli esclude anche l'inciso *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit.* Per me preferirò sempre chi confessa di non saper come sciogliere una controversia o presenta un'interpretazione debole a chi senza alcun fondamento addirittura elimina i punti difficili.

(11) Anche il fatto che nel passo di Paolo si escludono dai diritti del creditore quelle cose che in altri passi sono escluse dall'ipoteca generale senza limitazione del titolo del credito concorre a farlo interpretare in modo generale, conforme alle parole del testo (cfr. §. 5 n.ª 1).

precedentemente esaminato (12), già per sè soli importanti, acquistano anche maggior rilievo per esser ambedue dello stesso autore.

§. 6. — III. Ed ora esaminiamo la L. 1 C. *de prec. et Salv. int.* 8. 9, il gran perno della discussione nel quesito a chi competeva l' interdetto Salviano, come nell' altro, (secondo quanto vedremo), contro chi esso si poteva esperire.

Chi legge serenamente questo rescritto, già scorge chiara l' intenzione di Gordiano di trattare del debitore in generale fin dalle prime parole da esso adoperate: **Si debitor tuus.** Ma il punto più importante è l' inciso *id enim (interdictum Salvianum) tantummodo adversus* **conductorem debitoremve** *competit.* Gli sforzi degli avversari, dalla Glossa insino a noi, tendono naturalmente a limitare l' espressione dell' imperatore al rapporto di locazione, onde si sostiene, che quel *debitoremve* è un pleonasmo o tutto al più ha un significato determinativo del precedente *conductorem* (1): quell' *adversus conductorem debitoremve* corrisponde insomma (si dice) a *adversus conductorem eundemque debitorem — qui debitor est — qui simul debitor est — quum est debitor — adhuc debitorem.* Non annoieremo il lettore colla famosa discussione sul valore copulativo o disgiuntivo (2) del suffisso *ve,* (discussione che risale fino ai primi interpreti (3)). Giacchè riconosciamo cogli avversari, in base ad esempi indiscutibili, che il in*ve* ha anche valore copulativo, (ed anzi pure in questo caso lo tendiamo in tale senso); ma accordando questo — e ciò è l' importante da osservare — la loro tesi non riesce punto dimostrata. Chi esamina attentamente le fonti, soffermandosi dinanzi al *ve,* adoperato come suffisso al secondo di due sostantivi accoppiati, nota come, anche quando è usato copulativamente, i due sostantivi hanno pur sempre valore distinto individuale, e non già il secondo è un pleonasmo

(12) L. 2. §. 3. D. *de interdictis* 43. 1. Vedi §. 4.

(1) Il **Fritz,** *loc. cit.* elimina addirittura quell' inciso come una mal compilata *ratio decidendi.* Già prima di lui altri (fra questi il **Thesaurus,** *Decis. Senat. Pedem.* dec. CLXXVI. 2) avevano proposto la medesima soppressione. Vedi quanto diciamo in proposito §. 5 n.ª 10.

(2) Direi meglio *variativo:* il *disgiuntivo* fa credere ad un *aut aut,* mentre in quest' ultimo significato il *ve* non si adopera mai.

(3) Vedi **Menochii,** *Doctr. de adipisc. possess.* rem. III num. 20-23.

od una semplice determinazione del primo (4). Indipendentemente poi dalla colleganza fatta mediante il *ve*, a coloro, che intendono il *debitorem* come un pleonasmo, osserveremo, che se noi togliamo ogni significato, col supporle pleonasmi, alle parole che non riusciamo a spiegare o che vogliamo eliminare perchè contrastano alle nostre teorie, le difficoltà in apparenza spariscono, ma la critica scientifica non può che sorriderne e la logica esserne insoddisfatta. La determinazione poi già per sè stessa sarebbe inutile e direi quasi puerile; si sa bene che il conduttore è soggetto alle azioni ipotecarie in quanto è debitore e quindi che se nulla deve, non si potranno contro di lui esperire.

Se, proseguendo, noi esaminiamo sia l' ipotesi del pleonasmo come quella della determinazione (per esprimerci omai così) nel contesto del passo, ed in generale consideriamo l' interpretazione che di questo danno gli avversari, nuovi e gravi argomenti si levano contro di essi. Per procedere ordinati nella discussione, dobbiamo a questo punto dividerli in due schiere. Alcuni vogliono ravvisare nella L. 1 C. h. t. una conferma della tesi che sostengono, cioè della limitazione del Salviano a tutela del pegno locativo. Gordiano — dicono — esclude (5) l' interdetto Salviano nella fattispecie, perchè si tratta di un creditore diverso dal locatore, non competendo tale mezzo giuridico che contro il debitore a titolo di conduzione siccome è enunciato appunto nell' inciso *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit.* Altri invece (e questa è l' opinione più antica, che già si riscontra nella Glossa) non pretendono di trovare una conferma della loro tesi nelle parole di Gordiano, ma si limitano ad escludere che abbiano un senso contrario, giudicandole estranee alla questione: qui si tratta — dicono essi — unicamente della persona

(4) Cfr. L. 33. D. *ex quib. caus. maiores.* 4. 6, L. 19. §. 3. D. *de auro argento* 34. 2, L. 19. §. 10. D. *de captivis et postlim.* 49. 15, L. 41. §. 1. D. *de liber. causa* 40. 12, L. 220. §. 3. D. *de V. S.* 50. 16, L. 1. pr. C. *de tutor. et curat. ill.* 5. 33, L. 13 pr. C. *de agricol. censit. et colon.* 11. 48 (47), L. 3. C. *de div. praed. urb. et rust. templ.* 11. 70 (69), L. 3. pr. C. *de privileg. schol.* 12. 29 (30), Gai III. 14, *L. XII. Tabul.* V. 3. (cfr. L. 53. pr. D. *de V. S.* 50. 16), Ulp. *Fragm.* XI. 18.

(5) Nella esclusione assoluta del Salviano nella L. 1. C. h. t. tutte le interpretazioni date sino al presente si accordano, mentre noi, come più tardi esporremo e dimostreremo, intendiamo escluso invece l' *obbligo* di esperire il Salviano.

del convenuto e non già di quella dell'attore. Ora quanto ai primi, come è mai possibile che sia come pleonasmo, sia pure per aggiungere una determinazione (determinazione poi fuor di proposito nel caso del quale si tratta) Gordiano adoperi nell'indicare la persona contro cui compete il Salviano la parola *debitor* già precedentemente usata ad indicare la persona che da esso si vuole escludere e di fronte alla quale appunto fa antitesi l'inciso *tantummodo adversus conductorem debitoremve competit?* e come si spiega poi quel « *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis* cioè che si deve agire colla *Serviana* o colla quasi Serviana, quando si ammette che nel caso in questione si tratta di un creditore non locatore (6)? Per la seconda categoria dei nostri avversari in tutto il rescritto si parla del rapporto di locazione, sì che quel *debitor* in principio sta ad indicare il conduttore. Le obbiezioni sorgono al pensiero spontanee e gravi anche contro di questi. Intanto, sebbene non si possa escludere che Gordiano rivolgendosi al locatore potesse indicare il conduttore, soggetto all'esperibilità di un azione ipotecaria, col-

(6) Dobbiamo distinguere il **Merenda** (*Controv.* V. 37) che in quel *conductorem debitoremve* va oltre la persona del conduttore, non però esce dal rapporto di locazione, intendendo il *debitoremve* pel fideiussore del conduttore. Questa interpretazione strana quanto infondata non ha certo bisogno di esser combattuta. Vedi fra gli altri **Berger,** *de iurib. int. Salv.* IX, **Dorn,** *de int. Salv.* XL, **Thibaut** nell'*Archiv f. d. civ. P.* vol. XI pag. 134.

Accenniamo anche all' **Heimbach** (nel *Weiske's Rechtslex*, vol. V pag. 622) il quale, pur non respingendo la data interpretazione dai sostenitori di questa teoria relativamente a quell' *adversus conductorem debitoremve*, aggiunge che quel *debitoremve* può anche esser preso per una glossa da lui spiegata nel seguente modo. La costituzione di Gordiano parla in generale del caso in cui il debitore ha venduto il pegno. Questo debitore viene designato in principio della legge coll'espressione *debitor tuus.* Indicando poscia che il Salviano compete solo contro il conduttore *adversus conductorem*, era naturale spiegare quest'ultima espressione riferibilmente al precedente *debitor tuus* e pertanto si collocò *debitorem* sopra la linea, che poi mediante il *ve* fu congiunto al testo. Ma si tratta di una pura ipotesi mancante di ogni verosimiglianza. Non si capisce infatti la necessità di una glossa esplicativa del *conductorem* già per sé tanto chiaro, ed è poi inammissibile che tale spiegazione (come già osservammo per gli altri) siasi data col *debitorem*, prima usato ad indicare il concetto che si voleva escludere. Resta poi sempre inesplicabile quel *Serviana vel quae ad exemplum eius instituitur utilis.*

l' espressione generale *debitor*, sarebbe stato d' altro canto più semplice e naturale il dire *conductor* o *colonus*. Secondo tale interpretazione, la base della questione e della relativa decisione per cui l' interdetto veniva rifiutato, stava nel trovarsi la cosa ipotecata in potere di un terzo, anzichè del conduttore. Ora di fronte a queste circostanze l' indicare, nella proposizione la quale per antitesi dichiarava contro chi aveva luogo il Salviano, che il conduttore doveva esser debitore, sarebbe stato, ancora più che nell' altra interpretazione, fuori di proposito. Per giustificare una simile determinazione in quell' inciso, bisognerebbe ammettere, per così dire, che il conduttore, vendendo la cosa ipotecata, cessasse di esser debitore, proposizione di cui l' assurdità non ha bisogno di esser dimostrata. Di più, intendendo che nella L. 1 C. h. t. si tratti esclusivamente del rapporto di locazione, come si spiega che il creditore viene rimesso a far uso della *Serviana* **vel quae ad exemplum eius instituitur utilis** — espressione quest' ultima che gli interpreti concordi riferiscono alla quasi Serviana (7)? Avremo occasione infine, trattando la seconda parte del grave quesito che ci occupa, di mostrare come le teorie che ammettono il Salviano solo contro l' oppignorante non reggono alla critica (8).

(7) Il **Dernburg** *(Pfandrecht* vol. I pag. 63 n.ª 2) dubita forte che l' azione ipotecaria sia stata indicata dai Romani coll' espressione *utilis Serviana* e dice che ciò non è provato, nè dalla L. 1. C. *comm. de legatis* 6. 43, nè dalla L. 1. C. *de prec. et Salv. int.* 8. 9. Ma (pur limitandoci alle leggi da lui citate) ci pare che il linguaggio di quest' ultima legge non possa lasciar incertezze « ...... *utilem Servianam (id est hypothecariam)*..... »: nè dà un' altra spiegazione chiara e soddisfacente il **Dernburg** quando si occupa *ex professo* di tal legge *(op. cit.* vol. I, pag. 328), col dire senz' altro che si tratta di una *utilis Serviana o hypothecaria actio.* — Per la sua interpretazione dell'*utilis Serviana*, nella L. 1. C. *de precario et Salviano interdicto* 8. 9, vedi §. 26.

(8) **Ant. Faber,** *(De error. pragmat.* dec. 58 err. 1) agli altri argomenti gia esposti (e da noi combattuti) per dimostrare che nell' inciso *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit*, si tratta unicamente del rapporto di locazione, aggiunge questo: Il Salviano — egli dice — avrebbe potuto esperirsi dei creditori ipotecari diversi dal locatore tutt' al più *utiliter;* ora i Romani non dicevano mai delle azioni utili *competunt*, bensì *redduntur*, e quindi l' inciso della L. 1. D. h. t., usando *competit*, si riferisce al Salviano diretto e pertanto al rapporto di locazione. Il **Westphal** *(Pfandrecht* pag. 410) si unisce al **Faber.** Ma questo ragionamento si basa sopra un'asserzione completamente falsa, mentre in copiose leggi, e delle più note, si trova adoperato il verbo

Si vede quindi come non si possa negare che dall'inciso *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve* il Salviano risulta esperibile contro il debitore in generale. Ciò è validamente suffragato dalle espressioni finali della stessa legge *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis*, per le quali al Salviano non si fa corrispondere la sola Serviana ma anche la quasi Serviana. Anzichè tradurre poi, come fanno gli altri scrittori che nella L. 1 C. h. t. ravvisano l'interdetto esteso a tutti i creditori ipotecari, l'*adversus conductorem debitoremve*, per *contro conduttore od altro debitore*, *contro il conduttore e gli altri debitori* noi traduciamo *contro il conduttore ed in generale contro il debitore*. Il testo esprimendosi nel linguaggio latino, più conciso del nostro, non usa la voce corrispondente a quel *in generale,* essendo la generalizzazione già compresa nel passaggio dal *conductorem* al *debitorem:* nella traduzione italiana per essere più esatti l'aggiunta si può benissimo fare (9).

competere sia per interdetti come per azioni utili: vedi infatti L. 2. §. 3. D. *de aqua ed aquae pluv. arc.* 39. 3, L. 3. D. *de fideic. libert.* 40. 5, L. 2. §§. 6, 8, 39. D. *ne quid in loco publ. vel. itin.* 43. 8, L. 1. §. 12. D *de fluminibus* 43. 12, L. un. §. 7. D. *ut in flum. publ. navig. lic.* 43. 14, L. 1. §. 20. D. *de vi et de vi arm.* 43. 16, L. 1. §. 35. D. *de aqua cotid.* 43. 20, L. 11. §. 6. D. *quod vi aut clam* 43. 24, L. 8. §. 1. C. *de R. V.* 3. 22, L. 4. §. 1. C. *si certum petatur* 4. 2.

(9) Ci limitiamo a dare alcuni esempi, tanto più importanti perchè in essi, analogamente al nostro caso, è fatto uso del *ve.*

Nella L. 18. D. *de instit. act.* 14. 3 si legge: *Institor est, qui* **tabernae locove** *ad emendum vendendumve praeponitur quique sine loco ad eundem actum praeponitur* che tradotto esattamente e compiutamente suonerebbe così: Institore è colui che viene preposto alle vendite in *una bottega ed in generale in un luogo....*

Nella L. 2. §. 1. D. *de noxalib. act.* 9. 4, troviamo scritto: ..... *Quod Iulianus..... scribit « si servus* **furtum faxit noxiamve nocuit** » ..... che si dovrebbe tradurre in modo analogo, non potendosi negare che anche il *furtum* è una *noxa.*

Altrettanto dicasi per la L. 1. C. de *cond. et procurat. praed. fisc. et dom. Aug.* 11. 72 (71): **Conductores hominesve** *augustissimae domus nostrae....*, essendo i *conductores domus Augustae* già compresi negli *homines augustissimae domus nostrae.*

Analogamente faccio osservare nella L. 52. §. 2. D. *pro socio* 17. 2: ..... *si in coeunda societate....* **artem operamve** *pollicitus est alter (socius)....* e nella L. 11. C. *de accusation. et inscript.* 9. 2..... *ad sequens crimen id est* **pastorum latronumve**..... (per indicare il latrocinio).

Colla nostra interpretazione evitiamo di sottintendere l'**alium** ed assegniamo al *debitorem* il suo pieno significato, in armonia al *debitor* che sta in principio.

§. 7. — IV. Notiamo infine come la teoria che propugna estensione del Salviano a tutti i creditori ipotecari ritrae un valido appoggio dall' analogo svolgimento avvenuto nel campo dell' azione ipotecaria, che sorta come Serviana a difesa del pegno locativo, poscia, come quasi Serviana, fu concessa agli altri creditori ipotecari.

§. 8. — Le parole delle Istituzioni e di Gaio........ *eoque (interdicto Salviano) utitur dominus fundi de rebus coloni.........* costituiscono uno dei principali argomenti degli avversari. Chiaramente noi vediamo — essi dicono — l' interdetto Salviano limitato al rapporto di locazione. Ma la risposta è facile e decisiva. Pur omettendo di notare come quelle parole non escludono in fondo che l' interdetto Salviano potesse esser adoperato in casi diversi da quello contemplato, osserviamo che da Gaio non si può trarre alcun argomento , essendo pienamente lecito credere che egli parli solo del colono, perchè ai suoi tempi il Salviano non fosse stato peranco esteso agli altri creditori (1). Quanto alle Istituzioni come si sa, presero a modello Gaio (2) e per questo in molte parti riportano il diritto come era ai tempi di quel giureconsulto, omettendo di far menzione delle posteriori modificazioni e mutamenti (3).

§. 9. — Dinanzi a tutti questi argomenti (1) pare a noi che l' estensione del Salviano a tutti i creditori ipotecari non si possa mettere in dubbio (2). Colla teoria che la proclama, ai passi viene

(1) Per quanto sia tuttora disputata l' epoca precisa in cui visse Gaio, certo però non può ammettersi che egli abbia oltrepassato il secondo secolo dell' era cristiana. Cfr. fra gli altri **Maynz,** *Cours de d. r.* vol. I pag. 297, **Landucci,** *Storia del dir. rom.* pag. 148 n.ª 26.

(2) Il modello è più che mai visibile nel nostro caso. Cfr. §. 3. I. *de interdictis* 4. 15 e Gai. IV. 147.

(3) Stimiamo inutile il portar esempi, e ci limitiamo a ricordare l' assoluto silenzio delle Istituzioni sul colonato.

(1) Crediamo estranea alla questione la L. 3. C. *de pignor.* 8. 13 (14), da taluno chiamata in appoggio dell' estensione del Salviano a tutti i creditori ipotecari. (Fra questi vedi **Maynz,** *op. cit.* Vol. I°, pag. 917 n.ª 19, **Machelard,** *Interdits* pagg. 112, 113, **Brinz,** *Pand.* vol. II°, pag. 850 n.ª 3). Il **Maynz** (*loc. cit.*) afferma che qualche autore chiama in suo aiuto anche la L. 1. C. *de partu pignoris* 8. 24 (25) ma io non l' ho visto fatto da nessuno: tal legge non vi si presta punto, nemmeno in apparenza.

(2) Di fronte a tale soluzione non vi ha più luogo a discutere se il Salviano spettasse solo al locatore del fondo rustico od anche a quello del fondo urbano.

assegnato il loro valore pieno e naturale, mentre coll' altra si devono fare arbitrarie restrizioni ed interpretazioni contrarie al testo.

§. 10. — Il determinare poi quando l'estensione sia avvenuta, nello stato attuale delle fonti non crediamo possibile, tanto più che probabilmente si cominciò ad ammettere il Salviano pel creditore ipotecario non locatore, in via di eccezione, in qualche caso analogo, dalla pratica, e solo più tardi il provvedimento divenne generale ed incontestato.

Tuttavia un po' di luce ci vien data dal confronto del passo delle Istituzioni di Gaio col rescritto di Gordiano. Gaio da un lato parla solo del colono e Gordiano indicando il debitore con *conductorem debitoremve* anzichè soltanto con *debitorem* (1) fa pensare che l' estensione non fosse avvenuta da molto tempo se vivo era il ricordo dell' esperibilità caratteristica del Salviano contro il conduttore: sicchè noi crederemmo che il processo d' estensione si sia svolto nell' intervallo fra Gaio e Gordiano, accordandosi con ciò anche i passi di Paolo (2).

Qualcuno fra gli avversari, per giustificare come il Salviano sarebbe rimasto limitato alla locazione, osserva che il locatore in certo qual modo possedeva gli *invecta et illata* del conduttore, mentre altrettanto non poteva dirsi per gli altri creditori ipotecari relativamente alle cose ipotecate dal debitore. (Cfr. **Menochii,** *Doctr. de adipisc. poss. remed.* III num. 24). Quanto ciò sia falso, fu dimostrato dal **Giphanio** *(Explanat. diff. et celebr. leg. Cod.* ad L. 1. lib. 8. tit. 9) e da altri poi ripetuto: se effettivamente il locatore avesse posseduto gli *invecta et illata,* non avrebbe avuto bisogno di far uso del Salviano, che si dava ad *adipiscendam possessionem,* non già *ad retinendam* o ad *recuperandam.*

Nè tampoco è giusto il dire che non vi era motivo di estendere l' interdetto agli altri casi dal momento che era stata accordata per essi l'azione ipotecaria, (così fra gli altri **Zimmern,** *Gesch. des röm. Privatrechts,* vol. III. §. 72); sendochè, prescindendo anche dalla questione storica, ciò suppone una identità di scopo e di requisiti nei due mezzi giuridici la quale è tutt' altro che dimostrata (ricordo in contrario ad es. la differenza della prova, richiedendo l' azione ipotecaria la dimostrazione da parte dell' attore che la cosa ipotecata era *in bonis* del debitore all' atto dell' oppignoramento, laddove ciò non richiedevasi nel Salviano; cfr. §. 46).

(1) Su questo vedi §. 46.

(2) *R. S.* V. 6. 16 e L. 2. §. 3. D. *de interdictis* 43. 1.

III.

§. 11. — Trattiamo ora l'altro quesito: se l'interdetto Salviano valeva soltanto contro l'oppignorante oppure anche contro i terzi possessori delle cose ipotecate.

Il perno della discussione (come già abbiamo notato) sta anche per tale quesito nel rescritto di Gordiano. L. 1 C. *de prec. et Salv. int.* 8. 9., il quale, diversamente dagli altri passi, specie dalla L. 1. D. *de Salviano interdicto* 43. 33, sembra limitare l'esperibilità del Salviano alla persona del debitore: donde numerose e svariate ci si presentano le interpretazioni di queste due leggi.

§. 12. — Gli scrittori, che pur tanto poi differenziano tra loro nelle distinzioni e nelle particolarità, si possono raccogliere in quattro gruppi:

I° Coloro i quali negano assolutamente che il Salviano valesse contro i terzi.

II° Quelli che assolutamente lo riconoscono esperibile contro i terzi.

III° Coloro che lo ammettono contro i terzi, però con limitazioni, restringendolo a certi terzi possessori o limitando il tempo della sua efficacia o modificandone il carattere originario.

IV° Coloro che ammettono uno svolgimento storico pel quale il Salviano dapprima valevole anche contro i terzi, sarebbe stato limitato più tardi al debitore.

Di tutti dobbiamo occuparci seriamente e minutamente.

§. 13. Cominciamo dai primi cioè da coloro che negano in via assoluta l'esperibilità del Salviano contro i terzi.

§. 14. — Già nella Glossa (1) apparisce il tentativo di sciogliere il problema in questo senso col riferire l'*adversus extraneum* della L. 1. §. 1. D. *de Salv. int.* 43. 33 al solo debitore, in contrapposto al comproprietario del fondo locato *(ipse)*.

(1) In L. 1. §. 1. D. *de Salv. int.* 43. 33, sub v. *extraneos* e in L. 1. C. h. t. sub v. *competit*. — Vedi anche **Azonis**, *Comm. ad sing. leg. Cod.* in L. 1. h. t., **Struvii**, *Synt. iur. civ.* exerc. 45. th. 83, **Heinecci**, *Elem. iur. civ.*, lib. 43 t. 33, **Hellfeld**, *Iurispr.* §. 1878. Anche l'**Heimbach** (nel *Weiske's Rechtslex* vol. V, pag. 621) accenna alla possibilità di questa interpretazione.

Questa interpretazione, biasimata fin dall'Accursio (2), non può in alcuna guisa sostenersi. È inammissibile che Giuliano possa aver indicato con *extraneus* il colono, una volta che la locazione era il rapporto di base del frammento e che dava determinazione e scopo alla distinzione del comproprietario dagli *extranei*, per sè sola oziosa nel nostro caso: pel colono egli avrebbe usata l'espressione semplice, naturale, propria, *colonus*, o con un pronome si sarebbe riferito, come poteva benissimo fare, a questa stessa espressione già precedentemente adoperata (3). Si osservi poi come nella seconda parte del suddetto §. 1 si legge *adversus extraneos* in plurale, mentre si contempla un solo conduttore *(si colonus)*, ciò che senz' altro esclude che si possa intendere esperito il Salviano contro il solo colono. Questa teoria di più lascia completamente aperta la contraddizione cogli altri passi dai quali il Salviano risulta valido anche contro i terzi ed in particolare colla stessa L. 1 D. h. t. la quale nel suo proemio ammette il Salviano utile pel parto della schiava *venduta* e collo stesso §. 1 di questa legge, sendochè il comproprietario, contro cui l'interdetto viene ammesso, è anch'egli un terzo possessore (4).

§. 15. — Antonio Fabro (1) disse che nel pr. della l. 1. D. h. t. si tratta del caso in cui la schiava venduta è stata redibita insieme col parto al conduttore, sicchè l'interdetto resta sempre intentato contro quest' ultimo. Nel §. 1 dello stesso frammento di Giuliano si deve leggere poi — egli dice —

(2) In L. 1. C. h. t. sub v. *competit.*

(3) *Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur.....*

(4) A tal punto ricordiamo come il **Brinz** (il quale però in massima si mantiene incerto nella questione dell' esperibilità del Salviano contro i terzi e quindi non va menomamente confuso cogli scrittori di questo gruppo) accenna invece alla possibilità che quell' *extraneus* sia stato interpolato per *colonus (Pand.* vol. II pag. 858 n.ª 44). Contro tale ipotesi sta la ripetizione della medesima voce verso la fine del §. ed in plurale, di più l'uso fattone due volte e sempre in plurale nella L. 10. D. *de pignor. hypoth.* 20. 1 di Ulpiano, che indubbiamente riproduce il passo di Giuliano. Resta poi in ogni caso in lotta col rescritto di Gordiano il pr. del medesimo passo di Giuliano, come il **Brinz** stesso riconosce. — Leggi quanto aggiungiamo al §. 37 n.ª 5.

(1) *De error. pragmat.* dec. 58. err. 3, 5, 6, 7, dec. 59 err. 1 e 9, dec. 60 err. 2 e 3.

non già *singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur* ma *singuli adversus extraneum Serviana, non interdicto recte experientur.*

L'audace idea del Fabro fu con ragione universalmente (2) disapprovata.

Il van de Water però (3) segue la stessa via del Fabro; e stimando la mutazione fatta da quest' ultimo *paullo audacior,* propone che si debba leggere *singuli adversus extraneum Serviano iudicio recte experientur. Mea opinio est* (dice egli relativamente a questo punto del passo di Giuliano) *altum interdicti Salviani hic fuisse silentium...... mala manus disputationem pulcherrimam conspurcavit.*

Questa proposta incontrò come l'altra il biasimo universale (4). Anche gli argomenti, coi quali il van de Water si sforza di sostenerla, non reggono alla critica. Non si devono far ricadere — egli dice — le conseguenze della vendita dolosa fatta dal conduttore sull'estraneo *doli ignarus.* Ma intanto non sempre l'estraneo è *doli ignarus* ed è da meravigliarsi che il van de Water, il quale invoca poscia l'autorità dei Basilici, non abbia osservato come questi nella loro traduzione della L. 1. §. 1. D. h. t. dicono κατὰ ἐξωτικοῦ ἁρπάσαντος τὸ εἰσαχθέν. Il fatto che la Serviana viene accordata contro i terzi in generale (in fondo per lo stesso scopo (5)), impedisce che si possa dire contraria ai principii del diritto positivo romano l'esperibilità del Salviano contro i terzi; nè tampoco si può dire questa esperibilità delle azioni ipotecarie in generale contro i terzi, in lotta coi sommi principi del diritto e dell'equità, in quanto che al diritto del terzo, il quale riceve la cosa, sia pure *doli igna-*

(2) Non l'accetta che il **Wesphal,** *Pfandrecht* §. 284 n.ª 414.

(3) *Observationes iuris romani* (Traiecti Batavorum 1713) cap. XIV pagg. 77-80.

(4) Il **Lastrop** fra gli altri *(de int. Salv.* pag. 37) dice a tal proposito ironicamente del van de **Water** che *si tam felix fuisset in interpretando, ac audax fuit in corrigendo, ipsum profecto Cuiacium non aequasset modo sed longo etiam intervallo post se reliquisset* e poco dopo (pag. 38) *sane vix mihi, Watere, tempero qui tecum ipse interdicto unde vi experiar.*

(5) Si potrà discutere sulla differenza di requisiti e di efficacia del Salviano e della Serviana: certo però lo scopo generale è il medesimo, quello cioè di conseguire le cose ipotecate in garanzia del soddisfacimento dei diritti spettanti al creditore.

rus, è giusto preferire il diritto del creditore sorto precedentemente; nella pratica poi senza questo sarebbe nel pieno arbitrio del debitore il mandare a vuoto d' un tratto le garanzie del creditore. Aggiungi infine che il terzo il quale ha acquistato senza dolo, è però sempre in colpa, in quanto che doveva condursi cautamente, informandosi prima di negoziare (6). E difatti vediamo l' interdetto *quorum legatorum* ammesso contro il terzo possessore che potrebbe trovarsi nell' identica condizione d' ignoranza (7). Il van de Water vuol trarre un argomento, per sostenere che Giuliano si riferiva alla Serviana, dall' espressione κινεῖ usata dai Basilici (8); ma trattasi di un' espressione generale, propria di qualsiasi mezzo giuridico, e (a tacere d' altri casi) usata per l' interdetto nello stesso luogo dei Basilici, corrispondentemente al proemio del passo di Giuliano (9). Che dagli scoli dei Basilici a tale frammento risulti escluso che nel testo si tratti del Salviano, è falso, almeno per la prima parte, cioè pel caso in cui gli *invecta et illata* fossero obbligati *in solidum* ai due comproprietari locatori (10).

§. 16. — Fra i moderni pretesero dimostrare che il Salviano valeva solo contro l' oppignorante, il Puchta ed il Bachofen.

§. 17. — Il Puchta (1) ritiene che l' interdetto Salviano fosse modellato sull' *interdictum de precario* e come questo non valesse contro i terzi. Senza esaminare ora quanto sia fondata tale supposta analogia (benchè ci sembri debole l' argomento, si può dir unico, dell' unione del *precarium* e del *Salvianum* nella rubrica del libro 8 tit. 9 del Codice (2)) limitiamoci a discutere la conseguenza che ne trae il Puchta — che il Salviano competeva soltanto contro il debitore — e ad analizzare gli argomenti coi

(6) L. 19. pr. D. *de R. I.* 50. 17. *Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus condicionis eius.....*

(7) L. 1. §. 13. D. *quod. legat.* 43. 3.

(8) LX. 17. 28 (**Heimb.** V. 593).

(9) eod. (vol. V. pag. 592).

(10) Cfr **Hagiotheodor.** (ivi pag. 593).

(1) *Institutionen* vol. II pagg. 262, 263 e *Pandekten* pagg. 328, 329. L' **Heimbach** (nel *Weiske's Rechtslex.* vol. V, pag. 624) accenna la teoria del **Puchta** mostrandovisi favorevole.

(2) Cfr. *Pand.* pag. 328 n.ª *d* e *Instit.* pag. 262 n.ª *b*.

Contro l' analogia del Salviano coll' *interdictum de precario* vedi **Rudorff** nella *Zeits. f. gesch. Rechtsw.* vol. XIII pagg. 211, 212.

quali tenta di abbattere le testimonianze contrarie delle fonti. Quanto all' *adversus estraneum* il Puchta dice: questa frase vuol dire *contro un altro che non è creditore ipotecario* ma non è punto detto chi sia quest' altro. Ma questa non è certo una seria argomentazione; il non esser specificato di quale terzo possessore si tratti, cioè se di un compratore o simili oppure di uno che abbia sottratta la cosa ipotecata, (come risulta dai Basilici) non esclude punto, anzi implicitamente ammette, che in ogni modo si tratta di un terzo. Quanto all' esperibilità del Salviano contro il comproprietario, il Puchta si toglie di briga col dire che si tratta di un' eccezione. Pel proemio del passo di Giuliano il Puchta si riporta al *precarium* (3) e ritiene che il Salviano sia dato contro il debitore responsabile nel caso ivi contemplato come un precarista il quale *dolo fecit ut habere desineret* (4). Ciò è pienamente insostenibile di fronte al linguaggio del testo. Non si tratta di conseguire il risarcimento pel doloso abbandono del possesso, ma di entrare realmente in possesso della cosa ipotecata, *eius* **adprehendendi gratia** *utile interdictum reddi oportet;* non vi ha quindi dubbio che l' interdetto è rivolto, non contro l'oppignorante, ma contro il compratore in cui potere si trovano la schiava ed il relativo parto. Quanto al linguaggio della parafrasi delle Istituzioni, il Puchta con soverchia disinvoltura ritiene senz' altro che si tratta di uno sbaglio. Dopo ciò si vede come il Puchta non distrugge in realtà alcuna delle testimonianze contrarie a quanto egli sostiene, sì che la sua opinione riesce inaccettabile.

§. 18. — Il Bachofen (1) riconosce come principio generale che il Salviano non competeva contro i terzi e porta la L. 1. C. *de prec. et Salv. int.* 8. 9 come irrefragabile testimonianza di tale principio. Con ciò — egli soggiunge — non si intende punto esclusa l' esperibilità del Salviano nei casi in cui la resistenza al creditore che voleva entrare in possesso fosse stata opposta, anzichè dal conduttore direttamente, dai suoi dipendenti, liberi o schiavi, oppure da quelli del subconduttore. A ciò si riferisce l'espressione della parafrasi delle Istituzioni. Di più soggiunge il Bachofen, anche taluni terzi possessori erano soggetti all' inter-

(3) Se taluno ha una schiava in precario, il parto va compreso nella medesima causa. L. 10. D. *de precario* 43. 26.

(4) L. 2. pr. D. h. t.

(1) *Pfandrecht* pagg. 14, 15, 16.

detto, come il ladro, il nudo precarista, il comproprietario del fondo locato.

Ma io osservo che la Parafrasi usa un'espressione generale ed è affatto arbitrario restringerne il valore come fa il Bachofen. Se essa dicesse: κατὰ παντὸς βίαν ποιοῦντος o simili, intenderei che si tratti, oltre che del colono, dei suoi dipendenti in quanto impediscano al locatore di entrare in possesso delle cose ipotecate, sicchè in fondo sarebbe sempre il colono a fare la resistenza, essendo le cose nel suo possesso: ma leggiamo invece κατὰ παντὸς κατέχοντος, e dinanzi a tale espressione bisogna riconoscere chiaramente esperibile il Salviano anche quando le cose ipotecate sono in potere di un altro. Non si può limitare il significato di quelle parole al caso in cui il debitore eserciti la violenza mediante un agente, uno stromento, anzichè direttamente, bensì bisogna interpretarle riferendosi anche al caso in cui *un' altra persona detenga la cosa* e respinga il locatore. Per la L. 1. pr. D. h. t. il Bachofen rimanda all' interpretazione del Puchta, la quale, come testè abbiamo dimostrato, non regge alla critica. Nè si può certo dire che il Bachofen abbia distrutto l' importantissima testimonianza contraria dell' *adversus extraneum* del §. 1 della l. cit. coll' intendere indicato colà il solo ladro. Che se egli vuole dare importanza all' uso fatto del singolare (*adversus extraneum*) osserviamo di riscontro che nella fine del detto §. si legge *adversus extraneos* e che il plurale si trova usato anche nella prima parte della L. 10 D. *de P. et H.* 20. 1 di Ulpiano, modellata senza dubbio sul frammento di Giuliano (qualunque sia d'altronde la relazione che si vuol scorgere tra questi due frammenti riguardo al mezzo giuridico da adoperarsi (2)). In complesso poi il sistema di eccezioni poste dal Bachofen è contrario alle espressioni generali dei testi.

§. 19. — Anche il Gesterding riconosce in generale inesperibile il Salviano contro i terzi, ammettendo però un eccezione pel compratore degli *illata et invecta.* Per ragioni di ordine e di chiarezza esamineremo la sua teoria più innanzi, trattando di coloro che ammettono il Salviano contro alcuni tra i terzi possessori delle case ipotecate (1).

(2) Per la nostra opinione in proposito cfr. §. 28.

(1) Vedi §. 24.

A questo punto notiamo come parecchi poi sono gli autori che negano l' efficacia del Salviano contro i terzi, senza citazione o discussione completa

§. 20. — Passiamo ora ad un altro gruppo di scrittori e precisamente a quelli che ammettono il Salviano contro i terzi con date limitazioni.

§. 21. — Molti tra essi sostengono che il Salviano compete contro i terzi, però *utile* e non diretto. L' esclusione dell' interdetto fatta da Gordiano nella L. 1. C. cit. va riferita — dicono essi — al Salviano diretto, rimanendo l' utile valido contro i terzi. I sostenitori di questa teoria si dividono in due schiere, a seconda che ritengono il Salviano esperibile dal solo locatore od anche dagli altri creditori, accordando naturalmente i primi il Salviano utile contro i terzi solo *ex causa locationis*, i secondi invece qualunque sia il titolo del credito (1).

dei passi: così, fra i moderni, il **van Wetter** (*Cours élém. de d. r.* §. 169), il **Doveri,** (*Istit. di d. r.* vol. I pag. 655), il **Padelletti** (*St. del dr. r.* pag. 352), l' **Haimberger** (*Ius rom. privat.* §. 257) etc.

Anche il **Serafini** ammette il Salviano solo contro l'oppignorante ed i suoi eredi: soggiunge però che forse non era così avanti l' introduzione della Serviana e sembra che fosse rivolto *utiliter* contro i terzi possessori. (Vedi *Elem. di d. r.* vol. II, pag. 219 e *Istit. di d. r.* §. 98).

(1) Avendo già esposto prima quali scrittori ammettono il Salviano in favore di tutti i creditori ipotecari, quali lo restringono al solo locatore, potremmo citare qui gli autori di seguito senza distinzione, ma, per maggior comodità del lettore, li divideremo nelle due categorie.

Il Salviano utile è ammesso contro i terzi, qualunque sia il rapporto di credito, in: **Giphanii,** *Explanat. diffic. et celebr. leg. Cod.* ad L. 1. C. h. t., **Zasii,** *in tit. I. de action.* §. 7, **Richeri,** *Codex* tit. 25, **Fachinei,** *Controv. iuris* lib. 8 cap. 92, **Perezii,** *in Instit.* lib. 4 tit. 15 e *Praelect. in Cod.* lib. 8 tit. 9, **Cuiacii,** *Obs. et emend.* V. 24, *in Instit.* IV. 6, *Comm. ad Dig.* in L. 1. h. t., *Recit. sol. in Cod.* ad lib. 8 t. 9 (*Opp.*ª vol. I coll. 206, 207, vol II col. 1271, vol. III col. 1260, vol. IX col. 1781), **Vulteii,** *Comm. in Inst.* ad §. 3 *de interd.* 4. 15, **Maschat** e **Walbrecht,** *Resol. quaest. contr.* contr. XI, **Bartoli,** *Comm. ad Pand.* ad L. 1. h. t. e *Comm. ad Cod.* ad l. 1 h. t. (*Opp.*ª vol. V pag. 150 *b* e pag. 96 *a*), **Olibani,** *de action. in rem civil. et praet.* p. II. l. 1. c. 30 n. 6, **Voet,** *Comm. ad Pand.* h. t., **Raguelli,** *Comm. ad const. et decis. Iustin.* etc. ad L. 1. C. h. t., **C. van Eck,** *Princ. iuris sec. ord. Dig.* h. t., **Pacifici,** *de Salv. int.* insp. I cap. 1 n. 17, 22 e insp. III cap. 1 n. 10, **Palms,** *de Salv. int.* pag. 12, 30, 41, 42.

In base alla precedente limitazione del Salviano al rapporto di locazione, questo si trova ammesso *utile* contro i terzi *ex causa locationis* in: **Glossa** ad L. 1. C. h. t. sub. v *competit.*, ad L. 1. pr. D. h. t. sub. v *utile interdictum* e ad §. 3. I. *de interd.* 4. 15. sub v. *comparatum est*, **Azonis,** *Comm. ad*

Questi scrittori per rafforzare la loro opinione rimandano al proemio del passo di Giuliano, in cui l' interdetto viene esperito utile contro il compratore della schiava ipotecata e dicono che si tratta del Salviano utile anche nel §. 1 di questo stesso frammento.

Ma intanto a priori nulla ci permette di ritenere che nel *non interdicto Salviano* Gordiano si riferisca solo all' interdetto diretto. Esaminando poi il contesto del passo, vediamo che il creditore non è già autorizzato a far uso dell' interdetto Salviano utile, bensì ad adoperare l' azione ipotecaria. Il sottinteso quindi nella L. 1. C. cit. sarebbe doppio: prima nell' aver detto *non Salviano interdicto* in generale, intendendo riferirsi solo al Salviano diretto, e poscia nel non aver fatto cenno dell' esperibilità del Salviano utile. Come si può ammettere questa doppia inesattezza per l' interdetto, mentre l' imperatore usa tanta precisione riguardo all' azione ipotecaria distinguendo la *Serviana* e la *Serviana utilis* o *quasi Serviana?* e l' esattezza è tanto più notevole in quanto assai di frequente colla *Serviana* si comprende anche la seconda. Circa Giuliano, nel §. 1 del suo frammento egli accorda l' interdetto senz' altro *adversus extraneos*, nè abbiamo punto il diritto, di limitare, con un nuovo sottinteso, le sue parole al Salviano utile, tanto più che nel pr. dello stesso passo il giureconsulto, volendo accordare l' interdetto utile, chiaramente lo ha detto *utile interdictum reddi oportet* (2). Il Salviano poi si dà utile, anzichè

sing. leg. Cod. in L. 1. h. t. e *Summa* ad rubr. h. t., **Menochii,** *Doctr. de adip. poss.* rem. III n. 55-62, **Zoesii,** *Comm. in Cod.* h. t. e *Comm. in Pand.* h. t., **Bodei,** *Comm. in Instit.* ad §. 7 *de action.* 4. 6, **Bruni,** *in Instit.* libr. 4 cap. 5, **Kees,** *Comm. ad Instit.* ad §. 3 *de interd.* 4. 15, **Bellapertica,** *Comm. in Instit.* ad §. 7 *de ation* 4. 6, **Brant,** *Expos. tit. iur. civ. et can.* ad h. t. D., **Balduini,** *in Instit.* lib. 4 tit. 6 e 15, **Harprecht,** *Comm. in Instit,* ad h. t.

Il **Donello,** (*Comm. in Cod.* ad L. 1. h. t. = *Opp.*[a] vol. 9 coll. 1037-1040), pur non escludendolo, trova il temperamento *nimis durum* e propone un' emendazione di cui tra breve ci occuperemo (vedi §. 31).

(2) Nè una tarda riparazione si può cercare (ed infatti non la cercano, per quanto io sappia, i sostenitori di questa teoria) nell' *utilis* (*utilis actio*) della fine del §, mentre tale voce, secondo l' interpretazione più naturale, (cfr. **Rudorff,** nella *Zeitsch. f. gesch. Rechtsw.* vol. XIII pag. 243 n.[a] 119, **Vangerow,** *Pand.* vol. I pag. 895, **Bachofen,** *Pfandrecht* pag. 16 n.[a] 16) corrisponde nel nostro caso a *valido*, *efficace* (l'interdetto cioè esperibile *adversus extraneos* e non contro il comproprietario nel caso d'*obligatio in solidum*, è efficace

diretto, in questo pr., non già a cagione della persona, perchè si deve agire contro un terzo anzichè contro il conduttore, ma a motivo dell' oggetto, perchè si agisce non per la schiava ipotecata, ma pel frutto della medesima, il quale esce dalla cerchia degli *illata et inducta in fundum ibi nata factave* (3).

§. 22. — Passando agli scrittori che ammettono una restrizione nel *numero* dei terzi contro cui il Salviano si poteva esperire, ci incontriamo dapprima in taluni autori, i quali, dopo aver riconosciuta l' esperibilità del Salviano a favore di tutti i creditori ipotecari, sostengono che, quanto ai terzi, esso valeva contro di questi, solo quando si trattava di locazione e non più quando si trattava di un altro rapporto di credito (1).

Il Thibaut respinge senz' altro questa teoria dicendo non potersi ammettere che un creditore, il locatore, avesse tutto, e gli altri la metà della metà. (2) Ma a questo ragionamento si può replicare che in linea di principio nulla vi sarebbe di strano e di poco naturale, se nel rapporto di locazione, pel quale esclusivamente il Salviano senza dubbio era sorto, avesse avuto maggior sviluppo e larghezza d' efficacia che non negli altri rapporti di credito ai quali in seguito era stato esteso.

Gravi e decisive sorgono invece le obbiezioni dal confronto coi testi. Io trovo che è una teoria creata sull' aria, senza tener

sia *adversus estraneos* che contro il comproprietario nel caso d'*obligatio pro partibus*). Di tale valore della parola *utilis*, ad ogni momento si riscontrano esempi nelle fonti, sia quando è congiunta con *actio*, *interdictum*, come con *exceptio*, *iudicium*, *legatum*, *pactum*, *acceptilatio*, *alienatio*, *fideicommissum*, *stipulatio* etc. e cosi dicasi del contrapposto *inutilis* e di *utiliter*, *inutiliter*.

(3) Vedi L. 32. D. *de P. et H.* 20. 1, L. 11. §. 2. D. *qui potiores in pign.* 20. 4, L. 1. pr. D. *de migrando* 43. 32.

(1) **Feltmanni,** *Interpret. Instit.* (Opp.ª Arnhemiae 17 64-5) lib. IV tit. 15 n.º *h. k*, **Arcasii,** *Comm. iur. civ.* lib. VI cap. 19, **Cyrilli,** *Comm. ad Instit.* in §. 3 *de interd.* 4. 15, **Maieri,** *Comm. Instit.* eod., **Berger,** *De iurib. Salv. int.* 7, 8, 9, 10, **Bachovii,** *de actionibus*, disp. III th. 38, *de pignorib. et hypoth.* lib. III cap. 20 e *ad Treutlerum* de interdictis th. 2, **Pacii,** *Anal. Instit.* ad §. 3 h. t., **Lauterbachii,** *Coll. Pand.* lib. 20 tit. 1 n. 79. **Dorn,** *de int. Sal.* 41.

L' **Arcasio,** pur aderendo a questa teoria, nega che il §. 1 della L. 1. D. h. t. possa suffragarla, sostenendo che l' *extraneus* si riferisce al colono.

(2) Nell' *Archiv. f. d. c. P.* vol. XI pag. 141. Una ragione analoga porta il **Forch** (*de Salviano int.* pag. 32) combattendo il **Gesterding.**

presente le fonti, come altre che tra poco esamineremo. Per quanto mi sforzi non so far corrispondere, nemmanco in apparenza, ad una tale teoria, il rescritto di Gordiano. Si vuole forse dare al *debitorem* (*conductorem debitoremve*), contro ogni principio di analogia ed ogni fondamento di retta interpretazione, il significato di estraneo possessore? Contuttociò non si arriverebbe ancora a quanto tali autori sostengono. Infatti l'inciso *id* (*int. Salv.*) *enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit* significherebbe allora che il Salviano compete solo contro il conduttore ed il terzo possessore *ex causa conductionis* e quindi rimarrebbe esclusa la sua esperibilità contro il debitore ad altro titolo, diversamente da quanto essi ammettono. Oppure vuolsi conservare al *debitorem* il suo valore naturale? Allora indubbiamente risulta esclusa l'esperibilità del Salviano contro i terzi, anche in caso di locazione, diversamente da quanto quegli scrittori proclamano (3).

§. 23. — Prescindendo dal titolo del credito, per altri rispetti diversi scrittori limitano il numero dei terzi contro cui si sarebbe potuto intentare il Salviano. Alcuni lo ammettono, con maggiore o minor larghezza, contro i successori dell'oppignorante; altri distinguono, fra i terzi i possessori di mala fede e di buona fede, *sine titulo* e *cum titulo* per ammetterlo rispettivamente contro i primi ed escluderlo contro i secondi (1).

(3) Parecchi di questi autori, a giustificare la loro opinione, ragionano nel seguente modo: Il creditore ipotecario diverso dal locatore ha il Salviano utile contro il debitore; contro i terzi possessori *ex causa* diversa dalla locazione, bisognerebbe dare quindi un interdetto utile di un interdetto utile. Ma a tale conseguenza si arriva escludendo senza alcuna ragione che l'interdetto collo stesso carattere col quale compete contro l'oppignorante, possa esser esperito contro i terzi e ritenendo che contro questi, quando mai, non possa valere che *utiliter*.

(1) **Brunnemann,** *Comm. in Cod.* ad L. 1. h. t., **Maieri,** *Comm. Instit.* ad §. 3 *de int.* 4. 15, **Cyrilli,** *Comm. ad Instit. cod.*, **Ayblinger,** *Comm. in Pand.* Lib. 43. tit. 33, **Corvini,** *Instit.* IV. 15, **Treutleri,** *Sel. disput.* vol. II disp. 25 th. 2, **Menckenii,** *Theor. et Praxis Pand.* h. t., **Ludwelli,** *Comm. in Instit.* ad §. 3. h. t., **Berger,** *de iuribus int. Salv.* 7, 8, 9, 10, e *Oecon. iuris.* lib. II, t. 5 §. 12, n.a 2, **Schmidt,** *Von Klagen* §. 496, **Weber,** *Erläut. der Pand.* h. t., **Höpfner,** *Comm. üb. die Heinecc. Instit.* §. 1214, **Hellfeld,** *Iurisprud.* §. 1878, **Feltmann,** *Interpr. Instit.* ad §. 3 h. t. n.a *k*, **Lauterbachii,** *Coll. th. pr. Pand.* L. 43. t. 33 num. 4, 5, 6 e L.

Come la precedente, tali teorie cadono dinanzi alle espressioni generali usate dai testi. Laonde ripeteremo col Thibaut (2): meglio la guerra che una simile pace.

A queste teorie recentemente aderiva anche l'Huschke (3) sostenendo che il Salviano competeva contro l'oppignorante ed i suoi successori. Ma l'espressione de *rebus coloni* delle Istituzioni non prova punto, contro quanto l'Huschke afferma, che il Salviano non potesse colpire che il possesso derivante dal conduttore. Ripeteremo (poichè egli pretende il contrario cogli altri scrittori di questo gruppo) che le espressioni generali delle Pandette e della Parafrasi delle Istituzioni non consentono di fare sottintesi e di ammettere restrizioni: nè tampoco si può accettare che l'*adversus conductorem* del Codice equivalga a *adversus possessionem ipsius coloni vel a colono ad alium translatam* (4). L'Huschke capì, che di fronte alla logica ed all'equità rimarebbe incomprensibile, come, una volta abbandonato il sistema di limitare il Salviano alla persona dell'oppignorante, non lo si sarebbe esteso anche contro coloro che delittuosamente si fossero impadroniti delle cose ipotecate: e per questo ritenne il Salviano esperibile, oltre che contro i veri e propri successori del debitore subentrati a quest'ultimo nel possesso mediante contratto o simili, anche contro coloro che lo avessero acquistato per delitto, viziosamente, inquanto però il debitore avrebbe potuto reclamarlo mediante un interdetto. Quindi in con-

20. t. 1. num. 79, e *Compend. iuris* L. 43 t. 33, **Bachovii**, *de pignor. et hyp.* III. 20, *de action.* III. 38 e *ad Treutl.* de int. th. 2, **Cremani**, *Instit.* lib. 4 t. 15 num. 17, **Mollenbec** *Thes ivr. civ.* Lib. 43 tit. 33, **Titii** *Ius priv. vom. germ.* lib. 3 cap. 16 §. 11, **Dorn**, *de Salv. int.* 41.

Il **Maier**, il **Cirillo**, il **Berger**, il **Feltmann**, il **Dorn**, il **Bachovio** sono già in errore in quanto, avendo accordato il Salviano a tutti i creditori ipotecari, soltanto pel rapporto di locazione e non per gli altri rapporti di credito lo ammettono poi contro i successori dell'oppignorante (Vedi §. 22 n.ª 1). Così dicasi del **Lauterbach** pel *Coll. th. pr. Pand.* L. 20. t. 1. n. 79, non però pel *Compendium iuris* e per lo stesso *Coll. Pand.* L. 43. tit. 33 num. 4, 5, 6, dove parla del debitore in generale.

Quasi tutti poi gli scrittori di questo gruppo ammettono che il Salviano dovesse esperirsi *utile* quando si rivolgeva contro persona diversa dal debitore.

(2) Nell' *Archiv. f. d. c. Praxis*, v. 11 pag. 141.

(3) *Studien* I pagg. 378-385.

(4) Per la completa interpretazione che dà l'**Huschke** della L. 1. C. *de prec. et Salv. int.* 8. 9, vedi §. 31 n.ª 12.

clusione secondo l'Huschke il Salviano non era esperibile contro i terzi I° quando l'oppignorante ed i suoi successori avevano perduto il possesso per derelizione od in altra guisa senza l'opera di altri uomini, II° quanto taluno si era impadronito *vi aut clam* delle cose ipotecate, così però che l'oppignorante od i suoi successori non potevano intentare l' *interdictum utrubi*, oppure il vizioso possessore aveva alienate quelle cose senza l'intenzione di sottrarsi all'azione competente. Ora, se con queste aggiunte dell' Huschke si interpretano le esigenze della logica e dell'equità, d'altro lato, aumentando arbitrariamente le distinzioni, ci allontaniamo sempre più dal linguaggio generale e chiaro delle fonti. E, mentre da una parte dovremmo accettare circostanze e fatti pei quali non troviamo il benchè menomo appoggio nei testi, dall'altra rimane un enigma l'esperibilità del Salviano contro il comproprietario, quale risulta dal §. 1 del passo di Giuliano, non essendo desso compreso nè fra i veri e propri successori, nè fra i subentrati delittuosamente nel possesso.

§. 24. — Fra i sostenitori della teoria che il Salviano valeva contro alcuni o tutti i successori dell'oppignorante si può collocare anche il Gesterding (1), in quanto ammette che il Salviano competeva *utiliter* contro colui al quale il conduttore avesse venduto gli *illata et invecta*.

Si rinnovano contro di lui in gran parte le obbiezioni elevate precedentemente contro i sostenitori della esperibilità limitata del Salviano contro i terzi, sia per aver arbitrariamente ristretto il numero dei terzi possessori contro cui il Salviano si potrebbe esperire, sia per aver ammesso contro di essi il Salviano utile anzichè diretto, sia infine per aver pure riconosciuto una certa efficacia dell'interdetto contro i terzi in caso di locazione escludendolo invece in via assoluta contro questi per gli altri rapporti di credito pei quali contro l'oppignorante il Gesterding pur lo ammette (2). La forma particolare secondo la quale il Gesterding concepisce e presenta la sua teoria ci apre l'adito ad aggiungere qualche altra obbiezione. Per principio — dice il Gesterding — l'interdetto Salviano compete solo contro l'oppignorante e questo principio è posto dalla L. 1. C. *de prec. et Salv. inter.* 8. 9. La L. 1. D. *de Salv.*

(1) *Pfandrecht* (II ed.) pagg. 414-416.
(2) *Op. cit.* pagg. 410, 411.

int. 43. 33 stabilisce un eccezione per la quale il Salviano è accordato *utiliter* al locatore (e non agli altri creditori ipotecari) contro quel terzo possessore degli *invecta ed illata,* al quale il conduttore li ha venduti dopo l' avvenuta convenzione di pegno. Ora noi osserviamo che nella L. 1. C. h. t. si tratta di tutti i creditori, compreso, anzi espresso particolarmente, il debitore a titolo di locazione: lo provano il *conductorem debitoremve* e la distinzione finale della Serviana o quasi Serviana. Badando alle circostanze speciali della L. 1 C. h. t. si vede che in essa si tratta del caso in cui le cose ipotecate sono vendute da parte del debitore dopo l'avvenuta e non revocata convenzione di pegno, come indicano le prime parole *si te non remittente pignus debitor tuus ea quae tibi obnoxia sunt venumdedit.* Questo dunque pel rapporto di locazione è (secondo la teoria del Gesterding) appunto il caso dell' eccezionale esperibilità del Salviano *utiliter* contro i terzi. Ebbene: non solo non ci si fa il più piccolo cenno di un' eccezione che si realizza appunto nelle circostanze contemplate, ma anzi anche pel rapporto di locazione si esclude al creditore il Salviano *adversus emptorem* e lo si rimette all' azione ipotecaria: *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emptorem exercenda.* Si finisce quindi ad esser in pieno disaccordo con quanto sostiene il Gesterding. D' altro lato nelle Pandette il linguaggio di Giuliano non rileva punto il proposito di fare o di trattare di una *eccezione,* ma invece l' esperibilità del Salviano contro il compratore nel proemio, e *adversus extraneos* nel §. 1, è enunciata come un fatto normale e regolare. Secondo il Gesterding in questo passo è esposto l' unico caso in cui il Salviano si accorda contro i terzi e la base dell' eccezione sta nel trattarsi del compratore degli *invecta et illata* del colono. Se ciò fosse vero, non si saprebbe comprendere come Giuliano non metta punto in rilievo questa circostanza vitale della compera ed usi invece l' espressione generale *extraneus,* alla quale, solo per idee preconcette, si può far significare il compratore: perchè non avrebbe detto *adversus emptorem,* come sopra nel proemio dice *apud emptorem?* Tanta imprecisione nell' indicare con *extraneus* il compratore e nel tacere l' esperibilità dell' interdetto utile (3), torna pertanto assai dif-

(3) Sendochè non si può col **Gesterding** chiamare in tarda riparazione quell' *utilis* della fine del §., che equivale invece ad *efficace*, *valido*. Cfr. §. 21 n.ª 3.

ficile ad ammettersi: e tanto più lo diventa quando si badi alla esattezza usata da Giuliano nel proemio dello stesso frammento, nominando l' *utile interdictum* e la sua esperibilità contro il compratore. Come già altrove abbiamo osservato, quell' *extraneus* (*extranei*) comprende tutti i possessori all' infuori del comproprietario e non già il solo compratore; perchè dovremmo restringere quelle parole al compratore, mentre della compera non è fatto alcun cenno? Quando mai, se volessimo ad ogni costo ravvisare un' eccezione, dovremmo ricercarla nelle circostanze note, espresse, e non in circostanze affatto ipotetiche, di cui non troviamo traccia veruna. Aggiungasi un' ultima importante osservazione. Nella seconda parte del §. 1 si legge che se gli *invecta et illata* furono obbligati *pro partibus* ai due locatori comproprietari *utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit.* Ora come può stare la tesi del Gesterding (che ammette il Salviano solo contro il compratore) di fronte alla riconosciuta ed espressa esperibilità del medesimo contro il comproprietario locatore (4)?

§. 25. — Fra gli altri scrittori che ammettono il Salviano limitatamente esperibile contro i terzi, va collocato anche l' Ihering (1), giacchè egli ritiene il Salviano valido contro i terzi in caso di vendita dolosa da parte del debitore. A questo caso riferisce la L. 1. pr. D. h. t. Non vi ha dolo — egli nota — quando il creditore acconsente alla vendita *salva causa pignoris:* in tal caso rinunzia all' interdetto, conservando l' azione ipotecaria (2). Tanto meno poi havvi dolo per l' Ihering quando il debitore trasmette il possesso ad uno o più creditori ipotecari *in solidum,* (3), giacchè a questo alla fine può venir costretto; invece la trasmissione di tutto il possesso al creditore ipotecario *pro parte* rappresenta un' ingiustizia contro l' altro o gli altri creditori e costituisce un dolo (4).

Anche per tale teoria siamo costretti ad ammettere restrizioni

(4) Nella prima edizione del suo *Pfandrecht* il **Gesterding** aveva giudicato le due leggi del Digesto e del Codice inconciliabili. Così per la testimonianza del **Forch,** *de Salv. int.* pag. 22. Cfr. **Thibaut** nell' *Archiv f. d. c. P.* vol. XI pag. 142 n.ª 33.

(1) *Jahrbb. f. d. Dogmatik des heut. röm. Rechts* vol. X pag. 514 n.ª 147.

(2) L. 1. C. h. t.

(3) L. 1. §. 1. D. h. t.

(4) L. 1. §. 1 e 2 L. 2. D, h. t.

e sottintesi che non ci sono in alcun modo concessi dalle espressioni chiare, complete e generali delle fonti: sottinteso nella L. 1. pr. D. h. t., sottinteso, e più grave, nella L. 1. C. h. t. (5). Come si spiega poi l' efficacia del Salviano *adversus extraneos?* Si dovrà nuovamente restringere questa espressione generale all' acquisto delle cose ipotecate in seguito a dolosa alienazione da parte del debitore?

§. 26. — Il Dernburg (1) limita in senso diverso dagli scrittori fino ad ora esaminati l' esperibilità del Salviano contro i terzi. Finchè — egli dice — le cose ipotecate si trovavano sul fondo locato, l' interdetto poteva esser fatto valere senza limiti di tempo così contro il conduttore come contro i terzi. Quando invece quelle cose più non si trovavano sul fondo locato, l' interdetto si poteva esperire contro il possessore delle medesime solo entro lo spazio di un anno ed anche entro l' anno lo si poteva probabilmente esperire soltanto contro quel possessore che avesse avuto parte nel trasporto conoscendo l' esistenza del pegno (2). In base a ciò il Dernburg spiega la L. 1. C. h. t. Nel caso contemplato da questa legge — egli dice — era scorso lo spazio di tempo entro il quale il Salviano era esperibile contro i terzi, sicchè cessava la sua efficacia contro i medesimi e subentrava l' azione ipotecaria, rimanendo l' interdetto esperibile soltanto contro il conduttore.

Anche questa teoria spazia nei campi dell' ideale e ci co-

(5) Per questa legge l' **Ihering** segue il **Rudorff** e rimettiamo pertanto alla critica fatta, trattando di quest' ultimo scrittore. Vedi §. 33.

(1) *Pfandrecht* vol. I pagg. 59, 60 e vol. II pagg. 343, 344.

(2) Nel vol. I pag. 59 *op. cit.* il **Dernburg** aveva ammesso il Salviano anche contro i terzi che non conoscevano l' esistenza del pegno, in quanto avessero posseduto gli *invecta et illata* per uno spazio di tempo minore di quello durante il quale erano rimasti sul fondo locato; ma nel vol. II pag. 343 n.ª 15 confessa d' essersi lasciato trascinare forse troppo oltre dall' analogia dell' interdetto Salviano coll' *interdictum utrubi*, ed abbandona la seconda parte della sua ipotesi. Non esamineremo (conforme a quanto già abbiamo fatto per la teoria del **Puchta** che nel Salviano vede un *utile interdictum de precario*) questa pretesa analoga coll' *interdictum utrubi*, per non uscire dai limiti del nostro studio: esamineremo invece come si sostengano dinanzi ai testi le conseguenze che il **Dernburg** ne trae. Avvertiamo tuttavia che gli scrittori in generale non ci parlano di un limite di tempo e quei pochi che lo fanno, prendono la parola per escluderlo anzichè per ammetterlo Vedi **Untherholzner**, *Die Lehre von den Schuldverhältnissen* §. 374, **Windscheid**, *Pand.* §. 236 n.ª 55.

stringe ad immaginar fatti e circostanze pienamente estranee al linguaggio dei testi. Ciò tanto meno è giustificabile, in quanto il rescritto di Gordiano non apparisce inesatto e conciso, ma anzi minuzioso e diligente. L' imperatore infatti avverte che le conseguenze da lui dedotte discendono dalle circostanze premesse, purchè il pegno non sia stato rimesso, avvertenza che poteva tralasciare, essendo a tutti noto che, rimesso il vincolo di pegno, ogni facoltà di persecuzione delle cose ipotecate sparisce. Nel *conductorem debitoremve* e nel *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis* l' imperatore distingue la locazione dagli altri rapporti di credito, distinzione inutile anche questa di fronte alla materia di cui si trattava, alla sussistenza o meno del Salviano, mentre questo era escluso sia quando il credito era per titolo di locazione, come quando era per altro titolo. Così dicasi, ritenendo il Salviano valido per tutti i creditori ipotecari. Stando invece col Dernburg che lo limita alla locazione, l' esuberanza e la prolissità aumentano, ravvisando egli in quel *conductorem debitoremve* il solo conduttore ed in quel *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis* intendendo indicate non già la Serviana e la quasi-Serviana, ma la Serviana diretta e la Serviana *utilis*, la prima per gli oggetti che *tempore conventionis* erano nel patrimonio del conduttore e la seconda per gli oggetti acquistati dal conduttore dopo la convenzione. Ora di fronte a tanta cura nell' esporre cose indifferenti o che assai naturalmente sarebbero state sottintese, come si può spiegare un assoluto silenzio sulla circostanza essenziale, produttrice della soluzione, cioè sul decorso del tempo entro il quale il Salviano sarebbe esperibile contro i terzi? Il Dernburg poi per giustificare l' esperibilità del Salviano contro il conduttore in caso di vendita ammette che solo una parte degli *illata et invecta* sia stata venduta: ma le parole del testo fanno credere invece che sieno stati venduti nella loro totalità (3). Anche l' interpretazione del *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis*, data dal Dernburg, va soggetta a censura. Bisogna infatti cominciare a supporre che dopo la convenzione di pegno il conduttore abbia acquistato ed introdotto nel fondo altri oggetti. E, proseguendo nelle ipotesi, mentre per gli oggetti che *tempore conventionis* erano nel patrimonio del con-

(3) *Si.... debitor tuus* **ea quae tibi obnoxia** *sunt venumdedit....*

duttore dobbiamo supporre che la vendita sia stata parziale (per giustificare la conservata esperibilità del Salviano contro il conduttore), per gli altri bisogna necessariamente ammettere che la vendita sia stata totale: che se infatti qualche oggetto fosse rimasto presso il conduttore, per questo si dovrebbe dare (seguendo il Dernburg) contro di lui il Salviano *utilis* e non diretto, e l'imperatore lo avrebbe menzionato analogamente a quanto fa per la Serviana. Il Dernburg stesso dovette avvertire come la sua interpretazione, benchè ingegnosa, non regge al confronto coi testi, dal momento che nelle sue Pandette non ne fa punto cenno (4).

§. 27. — Avendo esaurito così di esaminare in tutte le sue diramazioni questo secondo gruppo di scrittori, trattiamo ora di quelli che credono ad un svolgimento storico, pel quale l' interdetto, valevole dapprima anche contro i terzi, sarebbe stato limitato più tardi alla persona del debitore. Questa teoria, che risale fino al periodo dei glossatori (1), conta parecchi seguaci (2).

(4) *Pandekten* §. 285 n.ª 4. Dice che pel diritto giustinianeo il Salviano risulta esperibile contro i terzi, rimanendo dubbio se così fosse anche nel diritto precedente. Espone a tale proposito l' opinione del **Lenel,** (che tra breve esamineremo) e conclude che nello stato attuale delle fonti non si può ottenere un risultato sicuro.

Il **Kuntze,** *(Cursus des röm. Rechts*, §§. 553, 554) segue la teoria esposta dal **Dernburg** nel suo *Pfandrecht.*

(1) Cfr. **Thibaut** nell' *Archiv f. d. c. P.* vol. XI pag. 142 n.ª 33.

(2) **Thibaut,** *loc. cit.* pagg. 141-144, **Merenda,** *Controv. iuris* |V. 37, **Pothier,** *Pand.* 43. 33, **Mackeldey,** *Handb.* §. 359, **Vangerow,** *Pand.* §. 390 Anm. num. 3 in fine, **Forch,** *de Salv. int.* pagg. 22-25, **Vering,** *Gesch. u. Pand. des heut. r. Privatrechts* pag. 406, **Meissner,** *Stillschw. Pfandr.* pag. 109 n. 79, **C. B. Ueberschaer,** *Observationes quaedam ad interdictum Salvianum occasione L. 1. pr. e §. 1. D. de Salv. int. iuncta L. 1. C. de prec. et Salv. int.* (praes. I T. Carrach Halae Magdeb. 1774) §. 11, **Savigny,** *Ueber das interdictum quorum bonorum* nella *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.* vol. VI (pagg. 229-272) pag. 269 n. 1 (nei *Ragion. storici* del **Turchiarulo** parte III pag. 43 n.ª 1), **Keller** nei *Richter's krit. Jahrbb. f. d. d. Rechtsw.* vol. 22 pagg. 970, 971, 980, **Lastrop,** *de Salv. int.* pag. 42.

Fra coloro che combattono l' idea di una mutazione storica va menzionato specialmente lo **Zimmern** (nell' *Archiv. f. d. c. P.* vol. XI pagg. 345-356). Noi non esporremo tutte le sue considerazioni, giacchè, trattandosi di una ri-

Ma la parafrasi greca delle Istituzioni sta dinànzi chiara ad esprimere il contrario e le Istituzioni stesse se non dicono in via diretta ed esplicita che il Salviano compete contro i terzi, adottano però un linguaggio che lo fa comprendere, specie ove lo si confronti col linguaggio, pressochè identico, usato per la Serviana (3). Giustamente si osserva la difficoltà di ammettere l'adozione di un nuovo principio dinanzi al fatto che frammenti di giureconsulti i quali proclamano la teoria opposta, si trovano accolti in un titolo del Digesto, per di più assai breve, che tratta dello stesso argomento (4). Aggiungasi che la mutazione la quale dovrebbe am-

sposta al **Thibaut** *(loc. cit.)* in gran parte esse sono legate alla forma speciale co cui quest' ultimo scrittore concepì e presentò la sua teoria e si occupano di circostanze estrinseche. Baderemo piuttosto all' essenza vera della questione, a rispondere cioè alla domanda: È ammissibile o no che una tale mutazione storica abbia avuto luogo?

(3) §. 3. I. *de interdictis* 4. 15.... *eoque (interd. Salv.) utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

§. 7. I. *de actionibus* 4. 6..... *Serviana..... experitur quis de rebus coloni quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur.....*

Lo **Schrader** nelle note al §. 3. I. h. t. osserva come in questo §. sia passato sotto silenzio contro chi competeva l' interdetto *quod fortasse non fecisset si contra colonum solum daretur.*

(4) **Zimmern** *loc. cit.* pag. 346.

Il **Keller** (*loc. cit.* pag. 980) cerca distruggere questo argomento e la testimonianza della Parafrasi delle Istituzioni, ammettendo una specie di disaccordo fra la legge scritta e la pratica. Il rescritto di Gordiano — egli dice — mostra la restrizione avvenuta nel Salviano in seguito all' introduzione della Serviana. Ma dovette scorrere parecchio tempo prima che tale innovazione fosse riconosciuta dalla pratica, sia per la ragione generale che difficilmente e con lento lavorio i Romani si sostituivano nuove massime e nuovi mezzi giuridici a quelli esistenti, sia pel motivo speciale che il Salviano seguitava ad esser proposto fra le formule giudiziarie, e, nella sua concezione originale mostrandosi efficace contro i terzi possessori, invitava pur sempre l' attore a farne uso, parimenti dell' introdotta Serviana. Con queste considerazioni si spiegano — seguita il **Keller** — così il passo di Giuliano come la fonte ignota di cui si servì il compilatore della Parafrasi.

Ma, anzichè apparire assai naturale (come dice il **Keller**), questa teoria appalesa troppo evidentemente il ripiego e lo sforzo. Nel linguaggio di Gordiano, di Giuliano e della Parafrasi non si scorge indizio alcuno del disaccordo cui accenna il **Keller.** La difficoltà e la lentezza del diritto romano nel sostituire nuove forme e nuovi mezzi a quelli esistenti è un fatto indiscusso, ed anche noi vi ci

mettersi anteriore alla legge di Gordiano, perchè questi si riferisce ad un diritto già esistente, si sarebbe compiuta assai rapidamente, mentre si conosce quanto i Romani fossero tenaci delle antiche massime e come per gradi andassero modificando ed elaborando le nuove. Lo svolgimento storico diventa ancora più problematico, ove si pensi, come noi riteniamo, che Ulpiano nella L. 10. D. *de P. et H.* 20. 1 avesse veramente trascritto il testo di Giuliano tale e quale, riferendosi cioè al Salviano e non alla Serviana (5). Nè si può far credere e giustificare questo supposto cambiamento di principii, coll'allegare l'introduzione dell'azione ipotecaria, la quale avrebbe sostituito il Salviano nella tutela del creditore contro i terzi (6) giacchè (pur prescindendo dalle discussioni che si potrebbero fare, così sull'origine, come sulle diversità di requisiti e di scopo dei due mezzi giuridici) anche contro il debitore l'azione ipotecaria aveva piena efficacia, sì che allora si avrebbe dovuto escludere l'interdetto anche contro di lui: seguendo quest'ordine di idee, capirei e troverei naturale una completa abolizione del Salviano, mentre mi riesce strana e inesplicabile una restrizione parziale. Nè si pretenda di trovarmi incoerente, per ciò che respingo l'ipotesi di una mutazione storica relativamente alle persone contro cui competeva il Salviano, mentre uno svolgimento storico ho ammesso nel campo delle persone alle quali veniva accordato (7). La cosa è ben diversa. Nella prima parte del problema trattasi di ammettere una estensione nell'interdetto la quale è suffragata non dalla sola L. 1. C. h. t., ma anche da altri testi, mentre nella seconda parte di cui sto ora trattando la novità consisterebbe in una restrizione: e si può con perfetta coerenza accettare la prima e non la seconda, specie di fronte al carattere ampliativo e progrediente del giure romano in generale ed in particolare del diritto

riferiremo ben presto, ma il **Keller** qui ne abusa. Per quanto l'origine della Serviana non sia ancora accertata, senza dubbio però essa era pienamente nota al tempo dei giureconsulti classici. Ora se il suo sorgere (secondo quello che sostiene il **Keller**) fu causa della supposta restrizione nel campo del Salviano, come potè la pratica trascinarsi in disaccordo colla legge scritta fino al tempo dell'autore della Parafrasi? Tanto varrebbe dire che il disaccordo durò sempre.

(5) Vedi più innanzi §. 28.

(6) Come fa specialmente il **Vangerow** *loc. cit.*

(7) Cfr. §. 3.

ipotecario, che col volgere dei tempi andò sempre più praticamente estendendosi (8).

§. 28. — Ad una mutazione storica in altro senso crede il Lenel (1). Secondo questo scrittore nel diritto classico il Salviano valeva solo contro l'oppignorante: furono i compilatori della raccolta giustinianea che lo estesero contro i terzi. La L. 1. C. h. t. è rimasta nel Codice per svista. Quanto alle leggi 1 e 2 del Digesto, delle quali discenderebbe il valore del Salviano contro i terzi possessori, esse originariamente si riferivano alla Serviana; dai compilatori furono interpolate nel senso che si riferissero al Salviano e ciò essi fecero, non per inavvertenza, ma di proposito, appunto perchè vollero rendere l'interdetto efficace anche contro i terzi possessori. Egli è da questa deliberata e non casuale interpolazione, come dalle parole della Parafrasi delle Istituzioni che il Lenel deduce che nel diritto giustinianeo l'interdetto si accordò contro i terzi; mentre dalla supposizione che le due leggi del Digesto in origine si riferissero alla Serviana e dai compilatori siano state adattate al Salviano, più dalla L. 1. C. h. t., che solo per inavvertenza a suo avviso deve esser rimasta nel Codice, egli deduce che nel diritto classico il Salviano valeva soltanto contro il debitore. Per dar consistenza alla sua ipotesi, il Lenel si riporta alla L. 10. D. *de P. et H.* 20. 1 di Ulpiano, la quale riproduce quasi *ad litteram* le parole di Giuliano nel §. 1 della L. 1. D. cit., nominando invece la Serviana (2). Principalmente da questo il Lenel

(8) Come fra gli altri rettamente osserva il **Sintenis**, *Pfandrecht* pag. 584. L'**Hering** (praes. I. C. Pessler) *de Salv. int. utili adversus quemcumque rerum oppigneratarum possessorem competente* Francof. ad Viadrum 1750 pag. 20, 24, volendo anch'egli conciliare le cose con una mutazione storica, distingue tre stadi: Un primo periodo, nel quale si avrebbe ammesso l'interdetto contro i terzi, un secondo in cui lo si avrebbe ristretto all'oppignorante, ed un terzo periodo, in cui si avrebbe fatto ritorno alla massima primitiva. Come di leggieri si vede, è una teoria artificiosa, non naturale, che, coll'apparenza di sciogliere le difficoltà, le complica anzi maggiormente.

(1) Nelle sue importantissime *Quellenforschungen in den Edictcommentaren* §. 2 *Zur interdictum Salvianum* nella *Zeitschr. der Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* vol. III pagg. 180-190. Cfr. *Edictum Perpetuum* pag. 393.

(2) Julianus lib. 49 *digestorum*
L. 1. §. 1. D. *de Salv. int.* 43. 33.
Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utri-

Ulpianus lib. 73 *ad edictum*
L. 10. D. *de P. et H.* 20. 1.
Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in

deduce che il passo di Giuliano in origine si riferiva alla Serviana e vi si sostituì il Salviano — sostituzione fatta malamente di cui si scorgono le traccie nell' *actio* della fine del §. 1 cit. Il Lenel vuole anche spiegare perchè i compilatori abbiano fatto questo cambiamento ed in generale abbiano mutato l' antico principio relativo al Salviano. Era giustificato — egli dice — escludere l' interdetto contro i terzi, fino a che il sistema degli interdetti portava seco uno speciale pericolo nel processo, pericolo che giustamente si poteva far sopportare all' oppignorante ed ai suoi successori universali, ma che non si poteva imporre ai terzi; i compilatori, lavorando in un' epoca in cui il processo interdittale più non si distingueva per alcuna particolarità, pensarono di togliere la diversa efficacia fra il Salviano e la Serviana, facendo di quello un mezzo giuridico generale per conseguire il possesso provvisorio della cosa ipotecata: ed a raggiungere questo scopo fecero le interpolazioni.

Ma, se da un lato bisogna riconoscere che la teoria dell'acuto e dotto professore è ingegnosa, non mi sembra d' altro canto ch'essa corrisponda alle esigenze di una savia e naturale interpretazione, nè che resista alla critica. Quanto alla analogia, per non dire all' identità, della L. 10. D. *de P. et H.* 20. 1 colla L. 1. §. 1. D. *de Salv. int.* 43. 33 — materia di dispute variamente agitate già da lungo tempo — dopo serio esame della questione, crederei che si debba invertire l' ipotesi del Lenel (3), ritenendo che Giu-

que in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur: inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis condicio melior erit. at si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent.

solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moreatuv, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec exceptio « si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset ». Si autem id actum fuerit ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli.

(3) Come il **Lenel** stesso avverte, l' idea che nel fr. 1. §. 1. D. h. t. Giuliano abbia trattato della Serviana, anzichè del Salviano, fu già espressa da **A. Faber** (*de error. pragmat* dec. 58 err. 6, 7, 8) e da **van de Water** (*Obs. iur. rom.* I. 14). Anch' essi danno, specie il **Faber** (loc. cit. err. 6 e 7),

liano si riferisse effettivamente al Salviano, che Ulpiano, citandolo, abbia naturalmente parlato del Salviano e che i compilatori vi abbiano sostituita la Serviana (4). Per lo meno l' ipotesi ha il medesimo grado di probabilità della contraria supposizione del Lenel, giacchè, quanto all' *actio* usata nella fine del §. 1 cit. noi possiamo intendere quell' espressione siccome adoperata ad indicare l' interdetto, essendo tale interpretazione suffragata da parecchi esempi e più che mai dalla diretta testimonianza di Ulpiano « *interdicta quoque actionis verbo continentur* (5). » Invano il Lenel cerca di abbattere questa ragionevolissima interpretazione. Io so benissimo — egli dice — che anche gli interdetti vengono designati in qualche passo colla voce *actio*, ma qui si tratta solo di vedere quale significato deve avere la parola *actio* nel contesto del fr. 1 §. 1 e non già quale significato essa potrebbe avere in qualche altro

molta importanza al confronto col passo di Ulpiano. Ambedue questi scrittori a differenza poi del **Lenel**, considerano il testo originale di Giuliano come diritto giustinianeo, e, prescindendo da qualsiasi storica mutazione, si limitano ad impossibili emendazioni, onde accordare Pandette e Codice nell' esclusione del Salviano contro i terzi. Confronta quanto abbiamo detto contro questi autori al §. 15. Il **Cuiacio** (*Obs. et emend.* V. 24 e *Comm. ad Dig.* ad L. 1. h. t. vol. II col. 207 e vol. III col. 1261), richiamando anch' egli il passo di Ulpiano, ritenne che nella prima parte del §. 1 cit. Giuliano ammettesse, oltre il Salviano, anche la Serviana *adversus extraneum* e che malamente Triboniano abbia circoscritto la Serviana, lasciando sussistere il solo interdetto: nell'ultima parte poi, giustamente — dice il **Cuiacio** — è indicato un solo mezzo giuridico, la Serviana, rimanendo escluso il Salviano nel caso d' *obligatio pro partibus* degli *invecta et illata*, perchè nell' interdetto si tratta del possesso che si può perseguitare unicamente intero e solidale, mentre sussiste la Serviana perchè perseguita il diritto, il quale è suscettibile di divisione. Non ci fermeremo a discutere l' opinione del **Cuiacio**, sia perchè sempre più ci trascinerebbe sulla questione delle relazioni del Salviano colla Serviana, per ora estranea al nostro studio, sia perchè più innanzi (cfr. §. 37 n.ª 5) osserveremo quanto sia falso escludere che si possa perseguitare una parte indivisa del possesso, sia in fine e più di tutto perchè per noi (che ci occupiamo del solo Salviano) è indifferente l pretendere che Giuliano comprendesse anche la Serviana, bastandoci non si escluda che egli si riferisse al Salviano.

(4) Ci eravamo raffermati in questa idea quando abbiamo trovato che essa fu già escogitata dal **Machelard** (*des interdits en d. r.* pag. 149 e segg.) ed accettata poi dall' **Accarias** (*Précis de d. r.* vol. II. pag. 1348 n.ª 3) e dal **Maynz** (*Cours de dr. r.* vol. I. pag. 903 n.ª 10 e pag. 917 n.ª 18).

(5) L. 37. pr. D. *de O. et A.* 44. 7.

caso (6). Questo discorso a mio parere non è che un giro di parole, in quanto non posso credere che il Lenel voglia sconfessare uno dei principali mezzi di saviamente interpretare — l'analogia (7)? Non è un' espediente naturalissimo, e perciò da tutti ammesso, quello di ricercare i significati, secondo i quali una parola fu adoperata nei vari casi, per spiegarne il valore, conforme all' uno od all' altro di quelli, nel frammento che si vuole spiegare? Non è questo il mezzo più semplice e più logico di interpretazione? Si potrà escludere che l' *actio* del nostro caso equivalga ad *interdictum* solo dopo che per *una supposizione* si avrà letto *actio* nel principio del §., ma non già fino a che ci terremo saldi *alla realtà*, a quanto effettivamente sta scritto, cioè alla menzione di un interdetto — *interdicto Salviano..... experientur*. Ritenendo, come facciamo noi, che Giuliano si riferisse al Salviano e che Ulpiano citandolo si riportasse pur sempre all' interdetto, ogni difficoltà sparisce e le due leggi, oltre che tra loro, si conciliano anche colla L. 2. D. *de Salv. int.* 43 33 pure di Ulpiano (8). Il Lenel invece, per escludere la contraddizione colla L. 10. D. *de P. et H.* 20. 1 (9), deve ammettere interpolata

(6) Ecco le testuali parole del **Lenel:** « *Ich weiss sehr wohl, dass auch die Interdicte unter dem Begriff actio i w. S. begriffen werden*, fr. 37 *de O. et A.* (44. 7): *es fragt sich aber hier nur, welche Bedeutung das Wort actio in dem unterstelten Zusammenhang des fr.* 1. §. 1, *haben musste, nicht welche es in irgend welchem andern habén konnte* » loc. cit. pag. 185 n.ª 46.

(7) E qui più, che l' analogia, abbiamo la testimonianza diretta di Ulpiano.

(8) Ulp. lib. 73 ad ed. *In Salviano interdicto, si in fundum communem duorum pignera sint ab aliquo invecta, possessor vincet et erit eis descendendum ad Servianum iudicium.*

(9) La contraddizione sta in ciò che da questo passo si travede nella Serviana la vittoria pel comproprietario non possessore, soccombente nel Salviano, mentre Ulpiano nella L. 10. D. h. t., riproducendo il passo di Giuliano relativamente alla Serviana (anzichè al Salviano) stabilisce che debba perdere la lite anche agendo con questa. Non staremo certo a fare la storia della questione e delle varie conciliazioni proposte che ci allontanerebbe dal vero campo del nostro studio. Ci importa solo ricordare che il **Rudorff** (nella *Zeitschr f. gesch. Rechtsw.* v. 13 pag. 241 e segg.: lo seguì il **Vangerow,** *Pand.* vol. I. pagg. 896) per sciogliere la controversia distinse differenti condizioni, a seconda che si agiva col Salviano o colla Serviana, e suppose nella L. 2. D. h. t. un caso speciale in cui esistevano le condizioni per la vittoria del possessore nel Salviano, ma non nella Serviana, sicchè il soccombente in quello diventava poi vincitore,

oltre la L. 1. D. cit. anche la L. 2. D. h. t., la quale, secondo quanto egli crede, doveva esprimere nella sua forma originale la massima che il Salviano non valeva contro i terzi, ben diversamente da quanto sta scritto. Nè basta ancora. Proseguendo nella via delle concessioni, bisogna ammettere, come fa lo stesso Lenel, che l' interpolazione della L. 2. h. t. fu ben strana e spensierata (e tuttavia accettare che sia avvenuta), giacchè i compilatori avrebbero dovuto accorgersi che nelle circostanze da essi create nella L. 2. cit. quali ora si leggono, la Serviana, diversamente da quanto stabilivano, non faceva conseguire la vittoria al comproprietario non possessore: e tanto più dovevano accorgersene in quanto Giuliano prima che essi lo avessero interpolato, nel fr. 1. §. 1. cit., aveva appunto negata l' efficacia della Serviana esistendo quelle circostanze e la sua decisione era stata già accolta nella compilazione alla L. 10. D. cit. Il Lenel vuole spiegare questa spensierata e strana interpolazione, per la quale si stabilivano delle conseguenze affatto contrarie a quelle dei testi. Forse — egli dice — i compilatori si posero la questione, avvertirono l' antinomia della L. 2 D. cit. come essi la interpolavano colla L. 10. D. cit. e ne pensarono lo scioglimento come in questi ultimi tempi fecero il Rudorff e il Vangerow (10), o forse, più probabilmente, lavorando con gran furia, non si posero affatto il quesito e spensieratamente interpolarono senza più badare ai passi contrari. A questo punto osserviamo che la seconda spiegazione proposta dal Lenel esclude la possibilità della prima. Come si può infatti attribuire ai compilatori l' acuto e laborioso scioglimento della questione dato poi dal Rudorff e dal Vangerow (11) dinanzi a tanta furia nel loro lavoro? Quanto alla allegata spensieratezza, essa ci pare ben grave e discutibile (per quanto l' ipotesi sia confortata dagli esempi che il Lenel ci porta), specie avvertendo che i compilatori, ragionando col Lenel, dovevano aver scorto la decisione contraria immediata-

intentando quest' ultima. Riguardo a questa teoria così si esprime il **Lenel**: *Niemandem wird es entgehen dass Möglichkeiten, wie die gedachte, überaus weit hergeholt sind, dass solche Fälle praktisch kaum jemals vorkommen und sich nur durch angestrengtes Nachdenken hinter der Studirlampe herausklügeln lassen.* loc. cit. pag. 186 in fine.

(10) Per queste conciliazioni vedi nota precedente.

(11) Ricordiamo come il **Lenel** dice tali conciliazioni il prodotto di lunghi sforzi ed elucubrazioni.

mente prima nel passo di Giuliano. Un'altra spensieratezza ancora da parte dei compilatori bisogna ammettere (secondo questa teoria) nell' aver essi accolto nel Codice il rescritto di Gordiano proclamante la massima che volevano abolire. La critica retta e sobria si rifiuta di fare così numerose concessioni e di ammettere tante e così improbabili ipotesi, e ciò tanto più essendo assai discutibile il motivo che il Lenel assegna alla supposta mutazione di principio ed alle conseguenti interpolazioni dei compilatori. Che qnesti pensassero a mettere i passi dei giureconsulti in armonia colle mutazioni posteriori avvenute nel campo del diritto non si può con fondamento asserire, mentre molte massime si riscontrano nel Digesto in disaccordo col diritto vigente all' epoca della compilazione: ed ancora meno ciò può ammettersi relativamente all' interdetto Salviano una volta che, stando col Lenel, questo mezzo giuridico era stato praticamente assòrbito dalla Serviana. Nè si può dire che il particolare pericolo del processo interdittale doveva restar limitato all' oppignorante ed ai suoi eredi e non era giusto che si estendesse ai terzi, mentre contro i terzi erano esperibili altri interdetti (12).

§. 29. — Dobbiamo ora occuparci del quarto ed ultimo gruppo di scrittori, di quelli cioè che ammettono in via diretta e generale l' esperibilità del Salviano contro i terzi.

In vario modo essi si sforzano di eliminare la testimonianza contraria che, almeno in apparenza, risulta dal Codice.

§. 30. — Taluno (1) sopprime a dirittura l' inciso *id* (*int. Salv.*)

(12) L. 1. D. *quorum bonorum* 43. 2. Cfr. **Heimbach** nel *Weiske's Rechtslex.* vol. V pag. 623, **Puchta,** *Instit.* vol. II pag. 262, **Fritz,** *Erläut. zu Wening-Ingenheim* vol. I pag. 540.

Il **Brinz** (*Pand.* II pag. 851-858), in fondo lasciando incerta la questione, contro chi competesse l' interdetto Salviano, accenna alla probabilità che l' interdetto dapprima fosse limitato ai successori dell' oppignorante e che più tardi divenuto da proibitorio (come egli ritenne fosse in origine) restitutorio, sia stato esteso contro i terzi. Senza entrare per ora nella questione del carattere proibitorio o restitutorio del Salviano (che ci trascinerebbe oltre i limiti del nostro studio), osserviamo come per sostenere questa ipotesi bisogna supporre che l' *extraneus* della L. 1. §. 1 D. h. t. sia stato interpolato per *colonus*, ipotesi contro la quale già ci siamo pronunciati (cfr. §. 14 n.ª 5): di più un ostacolo grave rimane pur sempre nel pr. della L. 1. D. h. t. come il **Brinz** stesso riconosce (loc. cit. pag. 858 n.ª 44).

(1) Cfr. **Fabri,** *De errorib. pragmat.* dec. 58 err. 6. Vedi anche **Thesauri,** *Decis. Senat. Pedem.* dec. 176. 2, **Fritz,** *Erläut.* pag. 540.

enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit, e non già in seguito ad un critico esame, ma senza alcun fondamento, pur di trarsi d'impaccio.

Ben a ragione il Thibaut (2), con frase volgare ma felice, li paragona al medico che volesse liberare uno dal mal di denti col taglio della testa (3).

§. 31. — Il Donello (1), pur senza escluderlo, trova *durum* il temperamento pel quale da parecchi scrittori (2) si limita la esclusione del Salviano nella L. 1. C. h. t. all'interdetto diretto, ed inclina a credere che il Salviano dovesse realmente competere non utile ma diretto contro i terzi. A tal fine propone di leggere *adversus conductoris rem debitorisve* anzichè *adversus conductorem debitoremve.*

Questo arbitrario emendamento fu in generale riprovato: ed infatti se *durum* si giudica il temperamento dell'*utile*, che si dovrà dire con serenità di quest'altro espediente? Aggiungiamo qualche altra osservazione. Poichè il Donello nega l'estensione del Salviano ai creditori ipotecari diversi dal locatore (3), quel *debitorisve* sarebbe determinante del *conductoris* e, come egli stesso dice un po' prima, corrisponderebbe a *qui item debitor est* (4). Eccoci quindi dopo una violenta emendazione ricondotti al *conductor qui et item debitor est*, già dimostrato inaccettabile: e tanto meno si può intendere il *debitor* come determinante del *conductor*, dopochè si inserì tra di essi un'altra parola, *rem.*

(2) Nell'*Archiv f. d. c. P.* XI. 137.

(3) L'impossibilità di accettare tale teoria non ha certo bisogno di essere dimostrata. Per di più osserveremo contro la supposta interpolazione di quell'inciso che la voce *tantummodo* è di frequente adoperata da Gordiano (L. 1. C. *si quis ignor. rem minoris esse* 5. 73, L. 9. C. *de donat inter virum et uxorem* 5. 16, L. 1. §. 1. C. *si pignus pign. dat.* 8. 23 (24), L. 4. C. *de collatione* 6. 20, L. 13. C. *de excusat.* 5. 62, L. 2. C. *de excusat. veter.* 5. 65) e che nella L. 14. C. *de fideius. et mandat.* 8. 40 (41) dello stesso Gordiano si legge.... *actio.... adversus debitorem seu heredes.... competit,* espressioni corrispondenti a quelle dell'inciso in questione.

(1) *Comm. in Cod.* ad L. 1. h. t. (*Opp.* vol. IX. coll. 1037-1040) e *Comm. de iure civili* lib. 15. cap. 37 num. 9. (vol. IV. col. 361).

(2) Cfr. §. 21 n. 1.

(3) *Comm. in Cod.* loc. cit., num. 3 e *Comm. de iure civ.* loc. cit.

(4) E seguitando col **Donello**, *quoniam si debitor esse destisset, pignus solutum esset.*

Il Donello si mostra poi incoerente a sè stesso volendo comprendere l' esperibilità del Salviano contro i terzi col leggere *adversus conductoris rem debitorisve.* Egli principia infatti il suo commento alla L. 1. C. cit. (5) osservando come le Istituzioni dicono il Salviano esperibile *de rebus coloni*, donde si deduce — nota il Donello — che, se il colono ha alienata qualche parte degli *illata*, per questa più non compete il Salviano *quia* (per esprimerci colle sue stesse parole) *res coloni esse desierint;* ed infatti *directum* non compete più (seguita il Donello), ma soltanto utile. Non rileviamo ora il cambiamento di teoria giacchè, come sopra abbiamo detto, il Donello non esclude il temperamento dell' utile, notiamo invece come dopo una tale osservazione egli contraddica a sè stesso, pretendendo che l'*adversus conductoris rem debitorisve* possa comprendere anche il caso in cui gli *invecta et illata* del colono sieno nelle mani di un terzo. Del resto tutto questo punto dei commentari del Donello è incerto, oscuro ed in generale difettoso.

§. 32. — Lo Zimmern (1), nell' intento di conciliare Codice e Pandette nell' ammissione del Salviano contro i terzi, interpreta la L. 1. C. h. t. nel seguente modo: — Un creditore a titolo diverso della locazione vuole intentare il Salviano contro colui al quale il debitore ha vendute le cose ipotecate e si rivolge per ciò all' imperatore. Gordiano così gli risponde: certamente tu conservi la facoltà di far valere il tuo diritto di pegno contro il compratore, non però coll' interdetto Salviano, giacchè questo presuppone un debito sorto da locazione, ma colla Serviana, o per meglio dire, (appunto perchè non si tratta di locazione) colla quasi Serviana. — L' esclusione del Salviano è prodotta insomma, non già dal trovarsi la cosa in potere di un terzo, ma dal titolo del credito, che non è quello della locazione.

Non si tratta di una novità (2) ma di una interpretazione già

(5) *Comm. in Cod.* loc. cit. num. 2.

(1) Nella *Linde's Zeitschr.* vol I. pagg. 54-56 e nell' *Archiv f. d. c. P.* vol. XI, pagg. 354-356.

(2) Come credette il **Thibaut** (*Archiv* loc. cit. pagg. 138, 139) e come accortamente da ciò dedusse lo stesso **Zimmern** (*Archiv* loc. cit. pag. 346. « *Ich hatte dieses* (cioè lo scioglimento dell' antinomia fra Pandette e Codice) *.... auf eine Weise.... versucht, die wohl neu sein muss, da Thibaut's literarische Nachforschungen einen ähnlichen Erklärungsversuch nicht aufgefunden* ».

concepita ed espressa da lungo tempo, che lo Zimmern presenta maggiormente svolta, sforzandosi di giustificare e di mostrare ad essa conforme tutto il rescritto di Gordiano (3).

(3) Già nelle edizioni glossate del *Corpus iuris* riferibilmente alla L. 1. C. h. t. troviamo il seguente *casus: Debitor meus praedia mihi obligata si distrahat, conveniam emptorem actione quasi Serviana, nec habet locum in hoc casu interdictum Salvianum, quod competit contra conductorem pro rebus tacite obligatis*. Ora a me pare che l' autore di questo *casus* si allontani dai compilatori delle glosse, se non nella sua opinione definitiva e completa riguardo all' esperibilità del Salviano contro i terzi, almeno nell' interpretazione della L. 1. C. h. Questi ultimi infatti concordi vedono in quel *debitor* il couduttore ed analogamente spiegano il *conductorem debitoremve;* sicchè nella L. 1. C. h. t. ravvisano contemplato il solo rapporto di locazione, sia che malamente intendendo nell'*extraneus* della L. 1. D. h. t. il colono, senza restrizioni escludano l' interdetto Salviano nella L. 1. C. cit. perchè le cose ipotecate colla vendita erano passate nelle mani di un terzo, sia che, coll'**Accursio** assegnando all' *extraneus* il suo vero significato e badando anche al resto della L. 1. D. h., t. restringano l'esclusione dell' interdetto Salviano nella L. 1. C. cit. al diretto, ammettendolo *utile* contro i terzi possessori. A me sembra che l' autore del *casus* assegni invece al *debitor* il significato suo naturale ed escluda l' interdetto Salviano, non tanto perchè si agiva contro un terzo, quanto perchè si trattava di un debitore *non conductor*. Lo dimostrano quell' espressione generale *debitor meus*, quel supporre obbligati dei *praedia*, quel *quasi Serviana* e l'affermazione finale *nec habet locum in hoc casu interdictum Salvianum quod competit contra conductorem pro rebus tacite obligatis*, come per dire che nel caso della L. 1. C. cit. l' interdetto si nega perchè non si tratta del rapporto di locazione, al quale unicamente serve. Io non dico già che l' autore di questo *casus* abbia pensato a questa sola ragione ed abbia perciò voluto ammettere che il Salviano competesse e diretto contro i terzi possessori *in causa locationis* (mentre forse egli in fondo nella conclusione si sarà mentalmente accordato cogli altri commentatori), dico solo, che nella L. 1. C. cit. egli ritiene l' interdetto perchè si tratta di un rapporto diverso dalla locazione.

Il **Wissembach** *(Disput. ad Instit.* th. 51 num. 17) in complesso doveva pensarla come lo **Zimmern** fece più tardi, quando asseriva che il Salviano non compete contro il debitore non conduttore sulla base della L. 1. C. cit. e che compete invece contro i terzi sull' appoggio della L. 1. D. cit. Si capisce come egli nella sua mente dovesse ritenere l' interdetto rifiutato nella L. 1. C. cit., non perchè la cosa sia passata nelle mani di un terzo, ma perchè si tratta escluso, anche di un debito sorto da una causa diversa dalla locazione.

Più esplicitamente si esprime **Ant. Matthaeus** *(Notae et animadv. in Instit.* ad §. 3 *de interd.* 4. 15) sostenendo l'applicabilità del Salviano contro i terzi. Nella L. 1. C. cit. — egli dice — il Salviano viene ricusato, non perchè si voglia rifiutare contro i terzi, ma perchè si tratta di un debitore non conduttore.

Intanto già a priori è arbitrario affatto l'intendere il *conductorem debitoremve* per *debitorem ex conducto*. Confrontando poi col testo, escludiamo addirittura che vi fosse bisogno di una parola esplicativa per indicare il conduttore, dopo aver detto chiaramente *conductor*, e tanto meno poi che ciò si potesse fare colla espressione generale *debitor*, giacchè, come rettamente osserva lo Zimmern stesso ad altro proposito, si potrà con una voce particolare, caratteristica, precisare quella troppo generale che precedentemente si fosse impiegata (4), ma non si può affatto ammettere l'inverso, cioè che dopo usata la parola caratteristica, si aggiunga in via esplicativa una parola generale, mentre produrrà invece confusione. Le difficoltà aumentano ove si tengano presenti i criteri che (secondo lo Zimmern) aveva Gordiano nel dare il suo rescritto e lo scopo cui tendeva. Come si può spiegare infatti (ripetendo quanto altrove abbiamo detto (5)) che, volendo indicare che il Salviano compete solo contro il conduttore (e non contro gli altri debitori ipotecari, Gordiano abbia aggiunto, e senza alcun scopo in realtà, alla parola *conductor* la voce *debitor,* mentre questa stessa voce prima si era adoperata ad indicare la persona contro cui volevasi invece escludere l'interdetto? Capirei di fronte all'intenzione attribuita dallo Zimmern a Gordiano un *conductorem et non alium debitorem* giammai un *conductorem debitoremve:* l'espressione sarebbe non semplicemente trascurata (6), ma assurda. Di più lo Zimmern nell'interpretare quell'*adversus conductorem debitoremve* passa dalla persona al rapporto giuridico, dal conduttore alla locazione: anche intendendo infatti il *conductorem debitoremve* per *debitorem ex conducto* il testo non sarebbe pienamente conforme allo scopo che

Ed il **Thesauro** *(Decis. Senat. Pedem.* dec. CLXXVI. 2), proclamando la stessa teoria, dice che nella L. 1. C. cit. si nega il Salviano al creditore *non quia res ad emptorem devenerit sed quia ille debitor erat ex alia causa quam ex conducto;* a differenza poi dello **Zimmern** egli reputa l'inciso *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve* un' aggiunta interlineare e quindi lo sopprime.

Altri scrittori prima dello **Zimmern** pel loro linguaggio e pel modo di citare si mostrano aderenti a questa teoria.

(4) Nell' *Archiv f. d. c. P.* vol. XI pag. 356 « *Ist es nicht eine bekannte.... Redefigur eine absichtlich etwas allgemeine Aeusserung voranzuschicken und dann.... die schnellere Angabe hinzufügen?* »

(5) Vedi §. 6.

(6) *Etwas nachlässig* dice lo **Zimmern** (nella *Linde's Zeitschrift* I. 56).

secondo lo Zimmern l'imperatore avrebbe avuto nel formularlo, ma bisogna spingerlo per questo a significare *adversus debita ex conductione* (7). Ora io non mi oppongo ad ammettere in generale la possibilità di una simile estensione dalla persona al rapporto, ma vi sono decisamente contrario in questo caso particolare. Il punto di partenza, la circostanza più importante nel rescritto di Gordiano, sta nell'avvenuta vendita della cosa; in base a ciò si esamina quali mezzi giuridici si possano esperire *adversus emptorem,* e si pongono a raffronto con quelli che si possono esercitare *adversus conductorem debitoremve.* Non è lecito pertanto ammettere l'estensione dalla persona al rapporto, nel quale naturalmente si comprendono l'*emptor* e gli altri terzi possessori, togliendo ogni valore alla circostanza più importante e sopprimendo una distinzione la quale apparisce essere stata nel proposito di Gordiano, oltre che per l'indole generale del rescritto, anche pel chiaro contrapposto fra le espressioni *adversus conductorem debitoremve* e *adversus emtorem.* Anche l'interpretazione data dallo Zimmern delle parole *integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano...... sed Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emtorem exercenda est* (8) va soggetta a gravi censure. Egli ne intende il senso così: tu hai il diritto di perseguitare quelle cose, non coll'interdetto Salviano,.. ma colla Serviana, o, per meglio dire (appunto perchè non si tratta di locazione) colla quasi Serviana. Anche qui non escludiamo in generale la possibilità di una simile modificazione o correzione nei testi (9), ma osserviamo che nel nostro caso non vi corrispondono le parole che ci stanno dinanzi. Invano lo Zimmern cerca restringere il *per meglio dire*, *per parlare più esattamente* ad un semplice *cioè* (10), giacchè non si ha più allora il senso che egli vuol dedurre. Ora se noi ammettiamo che talora il *vel* sia usato per *id est* (*cioè*), affermiamo

(7) Come più tardi espressamente disse l'Unterholzner (*Die Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen* §. 374) seguendo lo **Zimmern.**

(8) Lo **Zimmern** aggiunge l'*est*, come, sull'autorità di qualche vecchio codice, fecero già altri autori.

(9) Il **Thibaut** invece la esclude in via generale, lasciando adito così allo **Zimmern** di difendersi bene. *Archiv* XI pagg. 138, 139, cfr. pagg. 355, 356).

(10) *Oder vielmehr — oder sage ich — oder genauer zu reden — oder um es recht bestimmt zu bezeichnen*, ecco le espressioni dello **Zimmern** *Linde's Zeits.* I. 56 e *Archiv* XI. 356.

d' altro lato che mai lo si riscontra nelle fonti col significato di *per meglio dire*, *per essere più precisi*, *più esattamente* e simili. Di più si comprenderebbe una correzione fatta col dire *Serviana vel quasi Serviana actione* ma non con un giro così lungo di parole *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis..... exercenda est* e per giunta (lo Zimmern ammettendo l' *est*) con un cambiamento di costruzione (11). Come si spiegherebbe tanta inesattezza da un lato in quell' *adversus conductorem debitoremve* e tanta cura invece nell' ultima parte dello stesso rescritto? ed il contrasto sarebbe tanto più vivo e l' accuratezza usata proprio a rovescio, in quanto spessissimo colla voce *Serviana* si indica anche la quasi Serviana, laddove non si trova alcun punto d'analogia per giustificare il significato attribuito dallo Zimmern a quel *conductorem debitoremve*. Anche questa interpretazione pertanto va respinta (12).

(11) Noi non aggiungiamo l' *est* per cui seguita la stessa costruzione sottintendosi l' *ea* ablativo. Vedi §. 45.

(12) Seguirono lo **Zimmern** parecchi scrittori come l' **Huschke** (*Studien des röm. Rechts* I pagg. 358-363 e pagg. 382, 383), l' **Unterholzner** (*Die Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen* §. 374), l' **Accarias** (*Précis de droit romain* vol. II pag. 1347 n.ª 1), il **Sintenis** (*Pfandrecht* §. 60) il **Machelard** (*Des interdits en dr. r.* pagg. 117, 118), il **Fritz** (*Eläut. zu Wening-Ingenheim* vol. I pagg. 538-541), il **Ruggieri** (*Possesso* vol. II pag. 264 n.ª 2). Anche il **Pertile** in un suo bel lavoretto (*Del pegno legale sugli illata et invecta*, Venezia 1855, pag. 42) dice che questa teoria non è senza merito e probabilità.

È curioso il vedere come per taluno di questi scrittori si riproduca quanto già osservammo relativamente allo **Zimmern** (cfr. n.ª 3), come cioè essi, riproponendo l' interpretazione della L. 1. C. cit. tal quale la troviamo in quest'ultimo scrittore, o semplicemente ampliandola, la enunciano come propria. Così dicasi dell'**Accarias** che non cita punto lo **Zimmern** ed espone l'interpretazione in modo da farla credere esclusivamente sua, così dicasi dell' **Unterholzner**, dell' **Huschke** (*loc. cit.* pag. 383) ed in parte anche del **Sintenis**.

Osserviamo poi come l' **Huschke**, pur riproducendo ampliata l' interpretazione dello **Zimmern** relativamente alla L. 1. C. h. t., nel complesso della teoria ammette il Salviano solo contro certi terzi possessori (cfr. §. 23), come il **Machelard**, pur seguendo lo **Zimmern**, riconosce l' interpretazione poco naturale e come il **Fritz** vede nell' inciso del rescritto di Gordiano una mal compilata *ratio decidendi* e pertanto lo sopprime (cfr. §. 6 n.ª 1), accordandosi quindi pienamente col **Thesauro**. Il **Ruggieri** propone di intendere l' *adversus conductorem debitoremve* come segue: « contro il conduttore sempli-

§. 33. — Il Rudorff (1) dopo aver ammesso nel Salviano il carattere proibitorio pel quale il pretore vietava di far violenza al locatore che volesse entrare in possesso delle cose ipotecate, sostiene che l'interdetto valeva contro i terzi in quanto appunto potevano usare una tale violenza. Questo interdetto cessava però (egli dice) quando il conduttore avesse alienato (alienato in largo senso colla *venditio, donatio, permutatio, dotis datio*) la cosa, previo consenso del creditore, sendochè questo consenso racchiudeva in sè una rinunzia all'acquisto del possesso. La riserva del diritto di pegno, eventualmente inserita dal creditore nel suo consenso alla vendita, aveva per effetto di conservargli la Serviana, con perdita però sempre del Salviano. Su questa base il Rudorff tenta spiegare la L. 1. C. cit. figurandone nel seguente modo le circostanze: L'attore ha ottenuto ipoteca a garanzia di un prestito fatto e dietro preghiera del debitore ha consentito a questo di vendere le cose oppignorate, con riserva però del suo diritto di pegno *(salva causa pignoris)*. Si domanda se in tal caso egli possa intentare il Salviano e si risponde negativamente 1) perchè non si tratta di locazione, ma di prestito (2), 2°) perchè il possesso non andò perduto per deiezione *(corpore, vi)* ma *animo* fu rimesso ad un terzo, e quindi sussistono tali circostanze per le quali l'interdetto può venir esperito, solo in quanto la cosa si trovi ancora in possesso del debitore *(adversus debitorem)*. Il creditore perciò viene rimesso contro il compratore alla *Serviana*, cui non ha rinunciato.

Questa teoria non fu da alcuno seguita, bensì, e giustamente da vari scrittori combattuta. Ed infatti l'inciso del rescritto di Gordiano può desso mai contenere le due ragioni portate innanzi dal Rudorff per motivare l'esclusione del Salviano? L'*adversus conductorem debitoremve* sarebbe straordinariamente comprensivo ed

cemente tale e avanti la scadenza del suo debito, o contro il medesimo divenuto inoltre debitore di presente pagamento per essere il suo debito scaduto ». Ma oltrechè trovo assai ardito il far dire tutto ciò a quella espressione, mi pare sarebbe stato del tutto fuori di proposito nel caso contemplato da Gordiano il proclamare l'esperibilità del Salviano prima della scadenza del debito e dopo di questa, e non so adattarmi all'idea (come già prima ho osservato) che l'imperatore lo possa aver fatto colla voce *debitor*, precedentemente usata ad indicare la persona contro cui non si voleva ammettere l'interdetto.

(1) Nella *Zeitschrift für gesch. Rechtsw.* vol. XIII pagg. 220-225.

(2) Con ciò si ritornerebbe all'interpretazione testè esposta.

oscuro ad un tempo. Di più quel *debitorem*, coll' interpretazione del Rudorff, indica il conduttore che ha ancora la cosa in suo potere, lo che non mi pare punto giustificato, sendochè di fronte al creditore, cui si rivolge il rescritto, il conduttore rimane sempre debitore, anche quando più non possiede le cose ipotecate. Quel *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis* resta un enigma nella teoria del Rudorff, il quale si limita a dire che l' attore viene rimesso alla Serviana, senza spiegare punto la frase completa: forse egli pensava alla supposta correzione dello Zimmern (3) che già dimostrammo inammissibile. Nella critica della teoria del Rudorff si trascurarono affatto queste osservazioni (4) che mi pajono assai importanti. Invece si osservò — e con ragione — il valore arbitrario ed esagerato che il Rudorff attribuisce al *te non remittente pignus*. Egli suppone una circostanza di cui non si ha nel testo il più piccolo accenno, cioè il consenso alla vendita, come se fosse scritto *te consentiente sed non remittente pignus* e con questa circostanza inesistente affatto vuol giustificare l' esclusione del Salviano. Quel *te non remittente pignus* vuol dire solamente *purchè tu non abbia rimesso il pegno* e l' imperatore lo avverte perchè ove cosi si fosse fatto, più non vi sarebbe stata alcuna via d' agire (5). Abbiamo sì esempio di casi in cui il creditore acconsente alla vendita della cosa ipotecata *salva causa pignoris sui*, ma non si parla punto allora di *remissio pignoris*, bensì vengono chiaramente nominati il consenso alla vendita e la riserva del diritto di pegno (6).

(3) Arg. n.ª 2.

(4) Cfr. **Vangerow**, *Pand.* vol. I pag. 894, **Machelard**, *Des interdits en dr. r.* pag. 117, **Bachofen**, vol. I pag. 14. n.ª 12, **Dernburg**, *Pfandrecht* vol. II, pag. 345 n.ª 18.

(5) Ottimamente spiegava già la portata di quel *te non remittente pignus* la Glossa col soggiungere *alias agere non posses* (in Cod. lib. 8 tit. 9. l. 1 sub v. *si se non remittente*). Non intendiamo con questo di distruggere quanto più addietro (cfr. §. 26) ad altro proposito abbiamo osservato, cioè che tale avvertimento poteva sottintendersi.

(6) L. 4. §. 1. D. *quib. mod. pign. solv.* 20. 6. *Si in venditione pignoris consenserit creditor vel ut debitor hanc rem permutet vel donet vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, nisi salva causa pignoris sui consensit vel venditioni vel ceteris: nam solent multi salva causa pignoris sui consentire.....*

§. 34. — Già prima del Rudorff il de Retes (1) avea tentato di sciogliere la questione appoggiandosi sul *te non remittente pignus*. Questo scrittore dopo aver riconosciuta sostenibile la teoria che tenta di conciliare Pandette e Codice col limitare l' esclusione di quest' ultimo al Salviano diretto, osserva che, stando fedeli alle parole della L. 1 C. cit., si deve dire che in questa si tratta del *pignus* in senso stretto, cioè della garanzia data colla materiale consegna della cosa: riconoscendo ciò, si comprende — egli seguita — come nella L. 1 C. cit. si neghi il Salviano, essendo questo un interdictum *adipiscendae* e non *recuperandae possessionis*, e come venga concessa invece la Serviana siccome valevole anche *ad recuperandam possessionem*.

Ma se astrattamente tale conciliazione potrebbe appagare, confrontata invece colle parole del testo, appunto *verbis textus inhaerendo* (per esprimermi col De Retes stesso), risulta completamente inaccettabile. Non si sa intanto accordare in via generale questa ipotesi del *pignus*, colla vendita e susseguente tradizione fatta dal debitore, delle cose obbligate. L' inciso *id (int. Salv.) enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit* con tale interpretazione non ha più senso. Il suo valore giustificativo del precedente *integrum tibi ius est ea persequi non interdicto Salviano* sparisce e noi ci troviamo dinanzi ad una proposizione estranea al significato ed allo scopo generale del rescritto e di cui pertanto non sappiamo come renderci conto: bisognerebbe, per darle valore ed accordarla col rimanente del testo, fare un arbitraria aggiunta e leggere *id enim tantummodo adipiscendae possessionis causa adversus conductorem debitoremve competit* ed ancora imbarazzerebbe quell' *adversus conductorem debitoremve*. Il *pignus* adoperato nell' espressione *te non remittente pignus* indica il *vincolo* di pegno che grava le cose obbligate al creditore, sia quando gliene sia fatta la tradizione, come quando il debitore le conserva in suo potere (2). Si tratta di un' espressione assai comune, adoperata sempre in questo largo senso, non trovandosi mai *remittere hypothecam* (3).

(1) *De interdictis et rem. possess.* (nel **Meermann,** *Thes* vol. 7) §. 41 Nessun scrittore fa menzione di questo tentativo.

(2) Cfr. L. 16. C. *loc. cond.* 4. 65.

(3) A proposito della teoria che proclama l' esperibilità del Salviano contro i terzi, copiosi poi sono gli scrittori che vi aderiscono, senza far citazioni di

§. 35. Esaminate così le varie teorie proposte riguardo alla questione della esperibilità del Salviano contro i terzi — le quali tutte per un lato o per l'altro ci pare non reggano sgraziatamente alla critica (1) — è tempo omai che esponiamo il nostro parere in proposito.

passi, oppure ommettendo di contemplare la L. 1. C. h. t. o non dandole nella discussione la dovuta importanza. Ricordiamo fra i moderni il **Wening-Ingenheim** (*Lehrb. des. gem. Civilrechts* vol. I pag. 453) il **Francke** (nel vol. XXX dell'*Archiv f. d. c. P.* pagg. 175, 178), il **Demangeat** *Cours élém. de droit rom.* vol. I pag. 702), il **Fresquet** (*Traité élém. de dr. r.* vol. II pag. 358) etc.

E poichè qui si chiude l'esame delle varie teorie ricorderemo come molti lasciano incerta la questione. Fra i moderni notiamo il **Bucher** (*System der Pand.* §. 218) l'**Ortolan** (*Institutes* vol. II. pag. 426), il **Maynz** (*Cours de dr. r.* vol. I pagg. 915, 917) l'**Hugo** (*Gesch. des röm. Rechts* vers. it. Arlia, Napoli 1856, pag. 203), l'**Heimbach** (nel *Weiske's Rechtslex.* vol. V pag. 624), il **Brinz** (*Pand.* vol. II pag. 851 e 858: vedi però in questo lavoro §. 14 n.ª 5 e §. 28 n.ª 13) il **Göschen** (*Vorlesungen über das gem. Civilrecht* §. 361) il **Baron** (*Pand.* pagg. 320, 321, 332) etc.

(1) Il **Machelard** (*des interdits en d. r.* pag. 116) giudicò a priori curiosa, ma inutile, una tale rivista delle varie opinioni e teorie relative alla questione contro chi competesse l'interdetto Salviano. Perchè? Non è veramente utile e non già soltanto curioso per la scienza l'aver riprodotto dinanzi tutto il lavoro che fu compiuto in un dato campo di ricerche? E non è forse indispensabile per chi si accinge ad interpretare dei passi del *Corpus iuris* dare ragguaglio dei precedenti tentativi fatti, non fosse altro per non presentare come esclusivamente suo quanto già fu detto da altri? Il **Brugi** in una lettera assai savia, scritta di recente sull'abuso e i difetti della bibliografia (nell'*Antologia giuridica* vol. II fasc. 1 e 2 pag. 29), rilevava appunto come spesso taluno abbia spacciato in buona fede per nuove delle interpretazioni già da altri esposte, per aver trascurato le ricerche bibliografiche in proposito. « Questo conferma (osserva il **Brugi**) che di un saggio uso della bibliografia niuno può far a meno. Gli stessi giureconsulti romani si dettero premura di indagare e riferire le altrui opinioni, e nel medio evo le *catenae* o *glossae ordinariae*, compresa l'accursiana scaturirono appunto dal bisogno di conoscere ciò che era stato detto su ogni argomento ». Per non prendere poi lontani gli esempi di inconvenienti simili a quello sopra lamentato, basti ricordare la pretesa originalità accampata da parecchi scrittori nella nostra questione per quella teoria che volgarmente si dice dello **Zimmern** (cfr. §. 32 n.ª 3 e n.ª 12).

§. 36. — Facendo un esame serio e coscenzioso delle fonti, non si può certamente negare che copiose e chiare sono le testimonianze dell'esperibilità del Salviano contro i terzi possessori. Già abbiamo avuto occasione di notarlo qua e là, esaminando le varie teorie sostenute dagli scrittori che in questo argomento ci hanno preceduto. Ci sia lecito riassumere brevemente ed esporre con ordine quanto già rilevammo, aggiungendo di più altre importanti osservazioni.

§. 37. — a) Una chiarissima testimonianza dell'esperibilità del Salviano contro i terzi possessori riscontriamo nel proemio della L. 1 D. *de Salv. int.* 43. 33, non potendo assolutamente accettarsi i tentativi fatti per intendere che in tal caso convenuto sia non il compratore, ma il colono, come responsabile del *dolo desiit possidere* (1), o supponendo che la schiava venduta sia stata redibita *cum sua causa.* (2).

b) Il §. 1 della stessa legge proclama il medesimo principio colle parole *singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur*, non essendo ammissibile che quell' *extraneus* si riferisca al colono (3), nè d'altro lato potendosi accettare arbitrarie e strane mutazioni nel testo (4). Il principio della validità del Salviano contro i terzi si trova poi doppiamente confermato nella fine del § con quelle parole *utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit:* diciamo *doppiamente,* perchè lo vediamo dapprima nell'*adversus extraneos* e poscia nell'*inter ipsos* (cioè da un comproprietario contro l'altro), essendo il comproprietario di fronte al Salviano un terzo possessore (5). Un'altra

(1) Cfr. §. 17.

(2) Cfr. §. 15.

Non ignoriamo come questo proemio offre materia di discussione nella teoria dei diritti del creditore sui frutti del pegno, specie confrontato colla L. 29. §. 1. D. *de P. et H.* 20. 1 e colla L. 18. §. 2. D. *de pignor. act.* 13. 7, ma la questione è del tutto estranea al nostro argomento.

(3) Cfr. §. 14.

(4) Cfr. §. 15.

(5) Questa osservazione importantissima fatta brevemente già dall' **Accursio** (in L. 1. C. h. t. sub. v. *competit*) fu trascurata poscia dagli scrittori e riposta in luce dai moderni. Vedi **Gesterding**, *Pfandrecht* pag. 413 n.ª 7, **Dernburg**, *Pfandrecht* vol. I pag. 58 e vol. II pag. 342, **Vangerow**, *Pand.* vol. I pag. 894).

volta ancora quel principio risulta da tale § (ritornando alla prima parte) per la frase *inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum*

Di fronte a tale osservazione tanto meno è ammissibile che l' *extraneus* equivalga o sia stato interpolato per *colonus* (per quest' ultima ipotesi vedi **Brinz,** *Pand.* II pag. 858 n.ª 44 e cfr. in questo lavoro §. 14 n.ª 5) giacchè sparisce ogni dubbio sull' opportunità di aver espresso la competenza del Salviano contro i terzi nel caso contemplato dal §. 1. cit., e quindi sul fatto che veramente tale competenza contro i terzi sia stata espressa. Giuliano si occupa del caso in cui il fondo locato abbia due proprietari e, distinguendo, esamina dapprima l' ipotesi che gli *invecta et illata* del colono siano stati obbligati ad ambedue *in solidum* e poscia l' ipotesi che sieno stati obbligati invece *pro partibus:* egli conclude che nella prima ipotesi l' interdetto avrà efficacia contro qualunque possessore, ad eccezione del comproprietario, mentre nella seconda avrà valore anche contro quest' ultimo. L' indole delle circostanze portava naturalmente a disporre pel caso frequente in cui uno dei proprietari si fosse impossessato di tutti gli *invecta et illata.* Quanto naturale che il giureconsulto occupandosi di un terzo possessore (che tale è indubbiamente il comproprietario) desse norma anche per gli altri terzi possessori, una volta che nella prima ipotesi dell' *obligatio in solidum* la norma mutava, l' interdetto cioè inefficace contro il comproprietario, era efficace invece contro questi ultimi. Da ciò si vede come io sarei disposto a credere che quell' *extranei* si riferisca a tutti i terzi possessori, all' infuori del comproprietario, sì chè il colono non vi sarebbe compreso: la cosa sarebbe naturale, giacchè l' esperibilità del Salviano contro il colono da nessuno avrebbe potuto esser messa in dubbio e quindi poteva esser sottintesa: l' importante era distinguere nel campo dei terzi possessori il comproprietario dagli altri. Non escludo d' altronde che vi possa esser compreso: ciò che respingo assolutamente, è che solo il colono sia designato in quella espressione.

Riconosciuto coi più, che effettivamente nella prima parte del §. cit. si tratta, secondo quanto sta scritto, dell' interdetto Salviano, non possiamo assolutamente ammettere che l' *actio (utilis actio)* della seconda parte si riferisca alla Serviana. Esegeticamente intanto sarebbe strano (in tal caso) che, perdendo l' interdetto nella seconda ipotesi dell' *obligatio pro partibus* la sua efficacia, e subentrando un altro mezzo giuridico, il giureconsulto che prima si era occupato esclusivamente del Salviano, non avesse fatta menzione della sua cessata esperibilità col dire *utilis actio* **sed non interdictum.** Non si sa poi comprendere perchè il Salviano non dovesse valere nell' ipotesi dell' *obligatio pro partibus* almeno *adversus extraneos*, come nell' ipotesi dell' *obligatio in solidum*, mentre ragionevolmente la sua esperibilità doveva anzi riuscire più naturale e più agevole: riconosciuto ciò bisogna ammetterlo anche *inter ipsos*, giacchè il giureconsulto non avrebbe fatto due distinte ipotesi *(obligatio* della cosa *in solidum* e *obligatio* della cosa *pro partibus)* per trarne poi un unica conseguenza, cioè il valore del Salviano *adversus extraneos* e non *inter ipsos.*

possidentis condicio melior erit vedendosi in ciò riconosciuta la possibilità che il Salviano si intenti contro il comproprietario, cioè

I tentativi di giustificare l'esclusione del Salviano nel caso d'*obligatio pro partibus* non reggono alla critica, quantunque illustri giureconsulti se ne sieno fatti autori, come il **Savigny** e l'**Huschke.** Sono essi fra gli scrittori che ammettono il valore possessorio del Salviano: su questo campo non susciteremo loro obbiezioni, per non allontanarci dal nostro argomento, ma, seguendo pure il loro parere, mostreremo ugualmente inaccettabili le ragioni per le quali vogliono escluso l'interdetto quando gli *invecta et illata* fossero stati obbligati *pro partibus.* Il **Savigny** *(Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.* vol. VI pagg. 269, 270) disse che il regolare in tal caso il possesso fra i due contendenti avrebbe suscitato delle difficoltà e prodotto fors'anche degli errori e che pertanto si trovò più semplice di tagliar corto, non accordando l'interdetto contro quello che possedeva tutto. Ma non si può assolutamente ammettere che si confiscasse il diritto di una delle parti, perchè il regolarlo avrebbe potuto portare delle difficoltà e degli inconvenienti: tanto varrebbe dire che la *compossessio* non meritava alcuna protezione, ciò che è smentito dalle fonti (cfr. **Huschke,** *Studien* I pagg. 377, 378, **Machelard,** *Des interdits en d. r.* pag. 139, **Ruggieri,** *Possesso* vol. II, pag. 263 n.ª 1). **Huschke** *loc. cit.* pagg. 375, 376, (lo segue l'**Heimbach** nel *Weiske's Rechtslex.* vol. V pag. 263) fa un altro ragionamento. L'interdetto — egli dice — non sorgeva dalla semplice convenzione di pegno, ma esigeva anche il trasporto delle cose ipotecate sul fondo locato. Quando queste venivano obbligate *pro partibus,* mancava un requisito per l'esperibilità del Salviano, sendochè non si poteva fare *pro partibus* il trasporto delle medesime. Fatta poi l'introduzione delle singole cose e naturalmente nella loro totalità, ne risultava un diritto *in solidum* per ciascuno dei locatori dal punto di vista del possesso. Facilmente si chiarisce come sia errato questo ragionamento. Il conduttore — supponiamo — pattuisce coi due locatori che i suoi *invecta et illata* saranno loro obbligati *pro partibus* a garanzia dell'esecuzione degli obblighi a lui incombenti. Introducendo poscia le sue cose nel fondo, e naturalmente complete, intere, non *pro partibus*, egli realizza la condizione necessaria a ciascuno dei locatori pel compimento del suo diritto e le cose a termine del contratto saranno obbligate *pro partibus* a ciascuno di essi. L'*inductio* dello schiavo che il colono fa naturalmente nella sua totalità, non muta punto il carattere, diremo così, divisionale dell'obbligazione: da questa necessità di fare l'*inductio* della cosa nella sua interezza, non deriva punto che essa riesca obbligata *in solidum* anzichè *pro partibus;* il fatto non va confuso col diritto. (Cfr. anche **Machelard** *op. cit.* pagg. 137, 138, **Ruggieri,** *loc. cit.).* — Il **Cuiacio** *(Obs.* V. 24, *Opp.* vol. I col. 207) come già avvertimmo (cfr. §. 28 n.ª 3), intendendo pure in quell'*actio* la Serviana, disse (seguito poi da parecchi scrittori, come il **Perezio,** lo **Zoesio** etc.) che l'interdetto nel caso d'*obligatio pro partibus* non si dà perchè colpisce il possesso che si può perseguitare soltanto intero e solidale mentre si

contro un terzo, benchè le circostanze speciali del caso lo rendano inefficace: se per massima il Salviano fosse inesperibile contro i terzi, questo si sarebbe detto per escluderlo *inter ipsos*, anzichè ricorrere alla *possidentis melior condicio* (6).

c) Nel §. 2 della L. 1 D. cit. Giuliano rimette, per la decisione del caso colà contemplato al §. 1 (7) e quindi implicitamente il valore del Salviano contro i terzi ci viene riconfermato.

d) Altrettanto dicasi per la L. 2. D. h. t., vedendosi in essa intentato il Salviano contro il comproprietario (8).

e) Esplicita poi è la parafrasi greca delle Istituzioni (9) col dire che l'interdetto si dà κατὰ παντὸς κατέχοντος.

f) Quanto a Gaio ed alle Istituzioni, se non dicono direttamente ed amplamente che il Salviano competeva contro i terzi, usano però un linguaggio che lo fa comprendere, specie ove lo si raffronti con quello pressochè identico usato per la Serviana, cui certo nessuno nega la validità contro i terzi (10).

accorda la Serviana perchè perseguita il diritto, il quale può invece esser diviso. Ma l'asserzione riguardo al Salviano è errata, sendochè può benissimo esistere presso più persone *possessio pro indiviso* ed abbiamo esempi d'interdetti adoperati per conseguire una parte indivisa del possesso. (Vedi L. 1. §. 7. D. *uti possidetis* 43. 17, L. 1. §. 6. D. *quod legat.* 43. 2). Fra i copiosi scrittori che combatterono il **Cuiacio** ottimo è il **Ruggieri** *op. cit.* vol. II pag. 263). Esegeticamente osservando, aggiungasi come colla supposizione del **Cuiacio** (che nella I[a] parte del §. 1 cit. in origine si trattasse oltre del Salviano anche della Serviana; vedi §. 28 n.[a] 3) tanto più sarebbe strano che il giureconsulto, riconoscendo nella seconda parte esperibile solo la Serviana non avesse detto *utilis actio sed non interdictum*, oppure *utilis actio tantum* e simili.

Quell' *utilis (utilis actio)* intendiamo poi per efficace (cf. §. 21 n.[a] 3).

(6) Questa osservazione fu trascurata dagli scrittori. A nostra conoscenza non la fa che l'**Hering** (*de Salv. int. utili* etc, pagg. 13 e 14), ma non chiara e completa.

(7) *Idem servari conveniet* sono le prime parole.

(8) Quanto alla vittoria del possessore rimandiamo a quello che sopra abbiamo osservato pel §. 1.

(9) Ad §. 3. I. *de iterd.* 4. 15.

(10) §. 3. I. h. t..... *eoque* (*int.° Salv.°*) *utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignoris futuras pepigisset.* Cfr. Gai IV. 147.

§. 7. I. *de actionibus* 4. 6..... *Serviana.... experitur quis de rebus coloni quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur.....*

Vedi §. 27 n.[a] 5. Insisto su questo confronto perchè gli scrittori lo trascurano.

g) Osserviamo da ultimo come anche dai Basilici (11) il Salviano risulti esperibile contro i terzi.

h) A tutto ciò va aggiunta l'importante osservazione che il pretore avrebbe accordato una protezione ben illusoria col Salviano, ove ne avesse limitata l'efficacia al debitore, giacchè sarebbe bastato in tal caso a questo di spogliarsi del possesso, per mandare a vuoto le garanzie del creditore.

§. 38. — Fatto questo importante riscontro da un lato, nè d'altro canto sapendoci risolvere ad ammettere una contraddizione delle fonti in argomento, giacchè, come giustamente osserva il Lenel (1), non si tratta di una teoria in cui fosse possibile una differenza di opinione da parte dei consiglieri di Gordiano, ma di un principio di diritto positivo che poteva soltanto valere o non valere (2), ci siamo messi a studiare attentamente la L. 1 C. cit. e ne abbiamo tratta una nuova interpretazione a parer nostro semplice e naturale, per la quale in questa legge, non solo non si avversa, ma anzi implicitamente si proclama l'esperibilità del Salviano contro i terzi possessori.

§. 39. — La nostra interpretazione si basa su due espedienti altrettanto semplici, quanto giustificabili. Il primo consiste nell'ommettere la virgola dopo il *persequi*, lasciando scorrere il periodo e conseguentemente il senso: il secondo consiste nell'arrestare la posa della voce dopo il *tantummodo*, legandolo per tal modo direttamente con quanto lo precede, anzichè con quanto lo segue. Ripetiamo qui per comodità del lettore il rescritto.

Imp. Gord. A. Aristoni *Si te non remittente pignus debitor tuus ea quae tibi obnoxia sunt venumdedit, integrum tibi ius est ea persequi non interdicto Salviano (id enim tantummodo* (1) *adversus conductorem debitoremve competit) sed Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emptorem exercenda.*

(11) LX. 17. 28 (**Heimbach** vol. V. pagg. 592, 593).

(1) Nella *Zeitschrift der Sav. Stift. f. Rechtsgesch.* vol. III pagg. 181, 182.

(2) Aggiungasi che nè il linguaggio dell'uno, nè quello dell'altro, accenna punto all'espressione di una veduta individuale, ma invece all'esistenza di un principio universalmente accettato, indiscusso. — Quanto alla mutazione storica, già la dimostrammo impossibile. Cfr. §. 27.

(1) Indichiamo con quella posa della voce.

Dopo ciò ecco il significato della costituzione: Gordiano dice che se un debitore ha venduto le cose ipotecate, il creditore, purchè non abbia rimesso il pegno, conserva il diritto di perseguitarle contro il compratore non col Salviano, cioè senza esser costretto all' uso del Salviano, (questo solo mezzo infatti gli compete contro il conduttore ed in generale contro il debitore), ma invece colla Serviana o colla quasi Serviana — e per esprimerci più liberamente: avvenendo da parte del debitore la vendita delle cose ipotecate, il creditore, se non ha rimesso il pegno, conserva contro il compratore ambedue i mezzi giuridici coi quali prima della vendita poteva perseguitare le cose obbligate, è quindi libero di intentare l' uno o l' altro e pertanto se gli piace può agire, anzichè col Salviano, coll' azione ipotecaria (Serviana o quasi Serviana) mentre invece contro il debitore (conduttore o debitore ad altro titolo) ha soltanto il Salviano, non può cioè esperire l' azione ipotecaria. Con tale interpretazione, come dicemmo, la l. 1. C. cit. non solo non si oppone alla validità dell' interdetto contro i terzi, ma anzi implicitamente la afferma: non si esclude il Salviano contro i terzi, ma soltanto si dice che il creditore non è vincolato a farne uso, perchè ha un' altra risorsa, un' altra via di agire nell' azione ipotecaria. Probabilmente alla disposizione aveva dato origine un caso speciale, in cui avendo intentato il creditore contro il compratore del pegno l' azione ipotecaria, si pretendeva che egli dovesse invece intentare il Salviano.

§. 40. — Ed ora, salvo controllare la nostra interpretazione colle parole del testo, esaminiamo i principii che ne derivano. Sono due:

I° Contro il compratore della cosa ipotecata, il creditore può esperire oltre il Salviano anche l' azione ipotecaria.

II° In caso di vendita della cosa ipotecata, al creditore compete contro il debitore solo il Salviano e non più l' azione ipotecaria.

Il primo principio — che il creditore ha contro il compratore della cosa ipotecata anche l' azione ipotecaria — non abbisogna di giustificazione, essendo pienamente chiaro ed in tutto conforme alle massime giuridiche regolanti il diritto ipotecario. Dobbiamo invece soffermarci sul secondo principio, quello cioè che il creditore in caso di vendita della cosa ipotecata abbia contro il debitore solo il Salviano e non più l' azione ipotecaria. Poichè ci si parla di persecuzione della cosa contro il debitore, bisogna

supporre che questi la possegga o la detenga (1) e quindi, trattandosi nel caso nostro di una vendita, bisogna supporre che il debitore, pur avendo venduta la cosa, non ne abbia peranco fatta la tradizione: l' imperatore mantenendosi sempre nell' ipotesi della vendita, che è la circostanza capitale della disposizione, contempla cioè il caso in cui il debitore non abbia ancora consegnata la cosa al compratore e dice che in tal caso il creditore potrà perseguitarla (naturalmente contro il debitore che ancora la detiene) soltanto col Salviano e non già colla Serviana. Tale proposizione è pienamente conforme ai principi del diritto ipotecario romano. Si sa infatti come mentre nell' azione ipotecaria l' attore doveva provare che al momento dell' avvenuta ipotecazione la cosa era *in bonis* del debitore (2), tale prova non si richiedeva nell' interdetto Salvia-

(1) *In vindicatione pignoris quaeritur, an rem de qua actum est, possideat is cum quo actum est*..... L. 16. §. 3. D. *de P. et H.* 50. 1.

A questo punto taluno potrebbe obbiettare che, intentandosi l' azione ipotecaria oltre che contro il detentore, contro chi *dolo desiit possidere*, non è giusto dedurre dall' esperibilità dell' azione il possesso del convenuto. Ma facilmente si risponde che il debitore incorreva nella responsabilità pel *dolo desiit possidere*, in quanto avesse con *dolo* abbandonato il possesso. Ora la vendita della cosa ipotecata come fra breve vedremo (cfr. n.ª4) non era per sè sola un dolo, bensì costituiva un legittimo diritto del debitore. È quindi perfettamente logico, dato puro e semplice il caso della vendita, supporre le circostanze normali d' esperibilità dell' azione, cioè la detenzione da parte del debitore. Bada anche al linguaggio di Gordiano..... *ea persequi quae tibi obnoxia sunt*..... Aggiungi (anche prescindendo da queste osservazioni per se sole decisive) che, a mio parere, il creditore doveva usare l' azione ipotecaria contro il debitore *qui dolo desiit possidere* per ottenere il risarcimento, come *extremum auxilium*, quando gli sarebbe stato impossibile od almeno difficile per speciali circostanze perseguitare direttamente ed effettivamente la cosa. E quindi io credo che in generale nel caso di vendita e susseguente tradizione (come intenderebbero questi eventuali oppositori anche per l' inciso *id enim* etc.), egli avrebbe sempre agito contro il compratore, anzichè contro il debitore, che più non deteneva la cosa, e l'imperatore pertanto non si sarebbe occupato di distinguere i mezzi giuridici esperibili contro quest' ultimo.

(2) L. 3. pr. D. *de P. et H.* 20. 1 (Papin. *lib. und. respons*)..... *servanda erit creditori actio Serviana* **probanti, res in bonis eo tempore quo pignus contrahebatur** *illius fuisse*.

L. 15. §. 1. D. h. t. (Gaius *lib. singul. de formula hypoth.*). *Quod dicitur creditorem probare debere cum conveniebat*, **rem in bonis debitoris fuisse**.....

no (3). Ora, se il creditore avesse agito coll'azione ipotecaria contro il debitore il quale aveva venduto la cosa ma non l'aveva peranco

L. 23. D. *de probation.* 22. 3. (Marcianus *lib. singul. ad form. hypoth.)*.... *illud quoque implere debet* **rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit.**

L. 6. C. *si aliena res* 8. 15 (16).... *cum Serviana etiam actio declaret evidenter iure pignoris teneri non posse nisi quae* **obligantis in bonis** *fuerint.*

Cfr. anche L. 9. §. 3 e 11 §. 3. D. *qui potiores in pign.* 20. 4, L. 4. D. *quae res pign.* 20. 3, L. 29. 1. D. *de P. et H.* 20. 1, L. 6. C. *quae res pign.* 8. 16 (17).

(3) Arg. L. 1. §. 5. D. *de migrando* 43. 32. *Illud notandum est praetorem hic non exegisse ut in bonis fuerit conductoris, nec ut esset pignori res illata, sed si pignoris nomine inducta sit. proinde et si aliena sint et si sint talia quae pignori teneri non potuerint, pignoris tamen nomine introducta sint, interdicto huic locus erit: quod si nec pignoris nomine inducta sunt, nec retineri poterunt a locatore.* — Vedi anche §. 3. *I. de interd.* 4. 15, cfr. col §. 7. I. *de actionibus* 4, 6.

Invano tentarono alcuni (vedi fra i moderni **Huschke,** *Studien* I pagg. 364, 365, **Francke** nell'*Archiv. f. d. c. P.* XXX pag. 177 n.ª 32) di eguagliare in tale riguardo il Salviano alla Serviana. Si notò l'espressione de *rebus coloni* usata da Gaio e ripetuta nelle Istituzioni, per dedurne che l'interdetto non aveva efficacia, quando si fossero introdotte nel fondo locato cose altrui. Ma non si può per questa frase stabilire che le cose ipotecate dovessero esser proprietà del colono. Si tratta di un genitivo non di appartenenza, ma determinativo. Attribuendo il significato di appartenenza a quell'espressione non si potrebbe ammettere che l'interdetto servisse neppure per le cose altrui ipotecate col consenso del proprietario, mentre ciò pur accetta l'**Huschke** (*loc. cit.* pag. 364). I ragionamenti fatti per impedire che dalla L. 1. §. 5. D. h. t. derivi l'esclusione nel Salviano della prova che le cose ipotecate erano *in bonis* del debitore al momento dell'ipotecazione, si riducono a giri viziosi di parole. Il sucitato §. 5, dal punto di vista dei concetti; consta di due, parti: alla prima corrisponde il § dal principio alle parole *locus erit*, alla seconda il resto. Queste parti si riferiscono alle due proposizioni che si trovano nel testo dell'editto, riportato da Ulpiano (l. cit. pr.). L'inquilino cioè è protetto dal pretore coll'*interdictum de migrando* 1°) nell'esportazione di quegli *invecta et illata* che furono sottoposti ad ipoteca, una volta che la pigione fu pagata o fu data cauzione di pagamento. 2°) nell'esportazione di quelli *invecta et illata* sui quali non fu pattuita garanzia pel locatore. A quel primo capo si riferisce la prima parte del §. cit. Ora è evidente che, rovesciando l'ipotesi, immaginando cioè che al locatore non sia stato soddisfatto o non sia stata data cauzione pel soddisfacimento, abbiamo nella detta prima parte del § esattamente indicato su quali cose si poteva estendere il diritto del locatore e quindi i requisiti di prova dell'in-

consegnata, alla sua prova che essa era *in bonis* del debitore all'atto dell'oppignorazione quest'ultimo poteva opporre l'eccezione di averla venduta e di esser tenuto *ex vendito* a farne la tradizione al compratore, nè il creditore avrebbe potuto replicare *doli*, giacchè la vendita della cosa ipotecata, tolto il caso di speciali circostanze o di particolari convenzioni, costituiva un legittimo diritto del debitore (4). Ecco pertanto che l'azione ipotecaria tornava inefficace. Invece nel Salviano non richiedendosi la prova dell'*in bonis*, non si apriva al convenuto la via di respingere l'attore coll'eccezione di aver alienata la cosa e quindi l'attore poteva arrivare al conseguimento dei suoi diritti. L'imperatore poi, anzichè dire propriamente che solo il Salviano *ha efficacia* contro il debitore, dice a dirittura che solo il Salviano *compete*, sostituzione di espressione naturale e facilmente spiegabile e di cui frequenti esempi si trovano nelle fonti (5).

terdetto Salviano che tutelava un tale diritto. Non si può pertanto abbandonare il principio che nel Salviano a differenza della Serviana l'attore non doveva dar la prova che le cose ipotecate erano al momento dell'oppignorazione *in bonis* del debitore, principio già riconosciuto dalla Glossa ed adottato da quasi tutti gli autori, compresi i moderni (**Bachofen**, **Machelard**, **Rudorff**, **Gesterding**, **Vangerow**, **Maynz**, **Lenel**, etc.). Il **Baron**, *Pand.* pag. 320 ed **Windscheid**, *Pand.* §. 235 n.ª 5 dicono anzi che questa distinzione nella prova rispetto alla Serviana e la primitiva tutela del locatore sono i due unici punti *sicuri* della teoria del Salviano.

(4) L. 7. §. 2. D. *de distr. pign.* 20. 5. *Quaeritur si pactum sit a creditore ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus*, *quid iuris sit*, *et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit. et certum est nullam esse venditionem ut pactioni stetur.* Cfr. L. 12 C. *de distr. pign.* 8. 27 (28), L. 10 C. *de remiss. pign.* 8. 25 (26), L. 15 C. *de pign.* 8. 13 (14).

Vedi pel principio come per le restrizioni gli scrittori di diritto ipotecario **Dernburg** vol. II pag. 8, **Gesterding** pagg. 155, 156, **Sintenis** pag. 541 e segg. etc.

(5) Dobbiamo a questo punto preventivamente combattere un'obbiezione che ci potrebbe esser mossa.

Molti scrittori escludono che il creditore dovesse provare che la cosa ipotecata era *in bonis* del debitore *tempore oppignorationis*, quando agiva contro il debitore stesso. Infatti — essi dicono — se quest'ultimo avesse opposto alla domanda dell'attore l'eccezione che la cosa ipotecata non era *in bonis suis* al momento dell'ipotecazione, egli avrebbe slealmente impugnato l'opera propria, tentando

§. 41. — Ed ora che abbiamo particolarmente esaminati i principi che derivano dalla l. 1. C. cit. secondo la nostra interpretazione e che li abbiamo dimostrati concordi e fedeli alle regole generali del diritto ipotecario romano, raffronteremo la nostra interpretazione colle singole espressioni del testo per dimostrare come queste esattamente vi corrispondano. Dividiamo il testo in tre parti:

1°) **Si te non remittente pignus debitor tuus ea quae tibi obnoxia sunt venumdedit.**

2°) **Integrum tibi ius est ea persequi non interdicto Salviano sed Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emtorem exercenda.**

di trar vantaggio dal dolo commesso nell' obbligare quanto non gli apparteneva, e pertanto il creditore avrebbe distrutta la sua eccezione colla *replicatio doli.* Ma contro di questa opinione io trovo rilevantissimo il fatto che i passi delle fonti (e non si tratta già d' un passo solo), proclamando la necessità di quella prova nell' azione ipotecaria, si esprimono tutti in termini generali, senza alcuna distinzione (cfr. n.ª 2), mentre altrove troviamo notate chiaramente le differenze tra il debitore ed i terzi possessori nell' esercizio dell' azione ipotecaria (Vedi ad es. nella L. 21 §. 3. D. *de P. et H.* 20. 1). Quanto al ragionamento degli avversari, a mio avviso, non è, ben pensando, che appariscente. Non è giusto infatti il dedurre l' inesistenza o la superfluità della prova di un fatto, da ciò, che qualora il convenuto avesse allegato in sua difesa il fatto contrario, l' attore avrebbe potuto replicare *doli;* mentre poteva darsi che il convenuto riconoscendo invece quel fatto, accampasse nuove circostanze, capaci di render quella prova inefficace (delle vere *exceptiones*) nel qual caso naturalmente non sarebbe stato respinto in via generale colla *replicatio doli.* Ne abbiamo un bellissimo esempio nel nostro caso. L' attore prova che le cose ipotecate erano *in bonis* del debitore *tempore oppignerationis;* quest' ultimo oppone l' eccezione di aver venduta la cosa, nè l' attore, può replicare *doli* costituendo per principio la vendita della cosa ipotecata un legittimo diritto del debitore. Circa la L. 21. §. 1. D. *de P. et H.* 20. 1, chiamata in ajuto da parecchi tra gli avversari, osserviamo intanto come la sua interpretazione sia vivamente disputata (cfr. **Bremer,** *Pfandrecht* pagg. 189, 190) ed io col **Gesterding** (pag. 380) la credo estranea alla questione: quando mai poi, essa servirebbe ad appoggiare tal quale quel ragionamento ed analogamente quindi verrebbe respinta. Non troviamo questa distinzione della prova nel **Bachofen,** (*op. cit.* pag. 48), nel **Maynz** (*op. cit.* vol. I pag. 909), nel **Brinz** (*op. cit.* vol. II pagg. 853, 854), nel **Dernburg** (*Pand.* vol I pag. 678), nel **Rudorff** (nella *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.* vol. XIII pag. 230, 231) etc.

3°) **Id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit.** (1)

§. 42. — a) **Si te non remittente pignus debitor tuus ea quae tibi obnoxia sunt venumdedit.** — In questa parte la nostra interpretazione non si stacca dalle altre (tolte quelle poche che danno un significato strano e non giustificabile al *te non remittente pignus*). Al *debitor* assegniamo il suo valore naturale; indica il debitore in generale, così a titolo di locazione, come per altro titolo.

§. 43. — b) **Integrum tibi ius est ea persequi non interdicto Salviano sed Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emptorem exercenda.** — In questo punto la nostra interpretazione è completamente originale. Tutte le altre infatti (quantunque per altri lati poi fra loro discordanti) si uniscono nel ravvisare in queste parole indicata dapprima la conservazione del diritto di perseguitare la cosa venduta (*integrum tibi ius est ea persequi*) e vedono poscia distinto il mezzo giuridico con cui la si può perseguitare, cioè escluso il Salviano ed ammessa invece la Serviana o quasi Serviana. Colla nostra interpretazione invece, sopprimendo la virgola dagli altri posta dopo il *persequi* e lasciando scorrere pertanto il periodo, la conservazione viene addirittura riportata ai mezzi giuridici da esperirsi (ammesso implicitamente il diritto di perseguitare la cosa), mezzi che il creditore continua ad avere ambedue contro il compratore, sì che in cambio del Salviano può esercitare la Serviana o la quasi Serviana, mentre contro il debitore (completando il senso col resto del rescritto) non ha più che il Salviano.

Il mezzo con cui otteniamo la nuova interpretazione non ha bisogno di essere giustificato: trattasi infatti della pura soppressione di una virgola, il che è perfettamente lecito essendo l'interpunzione nel *Corpus iuris*, come si sa, arbitraria (1).

(1) Per ragioni d'ordine e di chiarezza lasciamo ultimo l'inciso.

(1) Un unico scrittore, il **Berger** (*de iurib. int. Salv.* IX) nel citare la L. 1. C. h. t. non colloca la virgola dopo il *persequi*. Ma non pensa punto di fare una novità, e tanto meno una novità con uno scopo, giacchè non lo nota menomamente, nè da ciò trae partito ad una nuova interpretazione: come tutti gli altri, egli ritiene che nella L. C. cit. l'imperatore miri (per usare le sue parole precise) *ad removendum interdictum Salvianum in proposita d. l. 1. C. specie.* (Per la sua teoria relativa all'esperibilità del Salviano contro i terzi vedi §. 22 n.[a] 1). Tale ommissione della virgola nello scritto del **Berger** è quindi una

§. 44. — Ma noi possiamo dimostrare di più come la nostra interpretazione sia ben più conforme alle parole del testo di quella fino ad ora concordemente sostenuta. Tale interpretazione ha bisogno di sottintendere *tamen, quidem* (*non tamen non quidem interdicto Salviano*) od una particella consimile (1) dopo il *persequi,* particella che noi dobbiamo infatti aggiungere per rendere il senso in italiano, essendo la virgola insufficiente: *tu conservi il diritto di perseguitare quelle cose, non* **però** *coll' interdetto Salviano, ma colla Serviana* ecc. (2). Il bisogno del *tamen* o simili che già si proverebbe dinanzi alla semplice affermazione del fatto, al *tu hai,* vieppiù si fa sentire dinanzi all' indicata conservazione, al *tu*

circostanza insignificante, una pura originalità, come strano ed originale è tutto il sistema di interpunzione da lui adottato nella L. 1. C. cit.: *Si te non remittente pignus, debitor tuus, ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit, integrum tibi ius est, ea persequi non interdicto Salviano, (id enim tantummodo adversus conductorem, debitoremve competit) sed Serviana actione, vel quae ad exemplum eius instituitur, utilis adversus emtorem exercenda est.*

Altri scrittori (fra questi, **Pothier,** *Pand.* XLIII. 33) mettono due punti prima del *non*, che in fondo è lo stesso.

(1) O addirittura il *sed* che troviamo in casi consimili senza badare alla ripetizione.

L. 3. §. 1. D. *de usu fructu adcr.* 7. 2. .....*si duo fundi domini deducto usu fructu proprietatem tradiderint, uter eorum amiserit, usumfructum ad proprietatem redire, sed non ad totam, sed cuiusque usumfructum ei parti accidere, quam ipse tradiderit.....*

L. 12. §. 1. D. *de iure dotium* 23. 3. ..... *quod si (servus) decessit Marcellus ait magis aestimationem praestandam, sed non iustam, sed ea quae facta est....*

L. 31 (30) pr. D. *ad S. C. Trebell.* 36. 1. .....*cogendus est (legatus) adire (hereditatem), sed non ut statim restituat, sed ut.....*

L. 1. C. *de off. praef. urbis* 1. 28. .....*eidem praefecturae sollicitudinis ac diligentiae necessitatem mandamus, sed non ita ut.... sed ut.....*

Come non si stentasse a ripetere il *sed* anche più volte, vedi principalmente nei seguenti passi: L. 19. D. *de acq. rer. dom.* 41. 1, L. 1. §. 22 e L. 34. §. 1. D. *de acq. poss.* 41. 2, L. 5. §. 15. D. *ut in poss. legat.* 36. 4, L. 22. D. *de bon. libert.* 38. 2, L. 1. §. 8. D. *unde cognati* 38. 8, L. 5. D. *quibus ad libert. procl.* 40. 13, L. 1. D. *an per alium caus. app.* 49. 9, L. 6. §. 1. C. *de curat. fur.* 5. 70, Gai I. 167.

(2) Per prenderne uno, lo **Zimmern** ad es. così traduce: *Das Pfandrecht geltend zu machen, bleibt dir unbenommen,* **aber freilich nicht** *mit dem Interdict, sondern....,* (nell' *Archiv. f. d. c. Pr.* XI. 354).

conservi, in cui, appunto perchè si suppone l'esistenza del dubbio che per le nuove circostanze qualche mutazione debba avvenire, una volta distrutto il dubbio col *tu conservi*, la mente si riporta d'un tratto al precedente stato di cose nella sua pienezza, ed applicando il ragionamento generale al nostro caso particolare, la mente ricorre alla sussistenza del diritto di perseguitare la cosa come era precedentemente alla vendita e quindi alla permanenza anche dei mezzi coi quali tale diritto si poteva far valere. Tanto più quindi sarebbe stato necessario avvertire che una mutazione era pur avvenuta, distinguere, nella sussistenza del diritto, la modificazione avvenuta nei mezzi giuridici con cui farlo valere, segnare la restrizione con una o con l'altra delle particelle avversative caratteristiche. Colla nostra interpretazione invece non si sente alcuna deficienza, non bisogna ricorrere a sottintesi, ma dalle parole espresse il senso vien dato soddisfacente e completo.

§. 45. — Quanto al *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emptorem exercenda*, non vi ha alcuna ragione di aggiungere o di sottindere l'*est* infine. Si ha così un sottinteso solo (l'*ea* ablativo) e si ottiene maggior coesione ed unità con quanto precede. *L' adversus emptorem exercenda* colla nostra interpretazione riesce pienamente giustificato e spiega una vera importanza. Col dire infatti: *coll'azione Serviana o con quella che a suo esempio si istituisce utile* **da esercitarsi contro il compratore,** riesce maggiormente chiara l'intenzione di escludere l'azione ipotecaria contro il debitore e si mantiene l'armonia col precedente inciso *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit* dove si legge che soltanto il Salviano compete (date le circostanze del caso) contro il debitore: decisa spicca la distinzione dei mezzi giuridici da esperirsi (dato sempre il caso di vendita) a seconda che si agisce contro il compratore o contro il debitore, acquistando così valore l'antitesi *adversus conductorem debitoremve* — *adversus emptorem* — che chiara risulta dalle parole del testo.

§. 46. — Coi più intendiamo poi indicata dall'imperatore nelle ultime parole la Serviana e la quasi Serviana. Con quell'*utilis* si denota l'estensione generale subita dalla Serviana quando fu estesa dalla locazione a tutti i rapporti di credito e non già un estensione particolare nel nostro caso, per cui l'azione ipotecaria (intendendo in lato senso la Serviana), sarebbe adoperata *utilis* anzichè *directa*, non risultando dalle circostanze espresse, diversità

alcuna nei requisiti e nelle condizioni normali di esperibilità dell'azione, sì da suffragare il supposto che questa debba essere impiegata utile anzichè diretta (1). Quanto all'avere l'imperatore nominate la Serviana e la quasi Serviana, osservo intanto come, benchè l'una sia sorta dall'altra, in fondo sono due azioni diverse: che se talora, anzi sovente, colla *Serviana* si indica l'una come l'altra, ciò non esclude che altre volte la distinzione si sia invece fatta, come è provato appunto dai numerosi esempi che in questo senso si trovano nelle fonti. Ma di più un forte argomento per giustificare tale distinzione nel caso nostro, si trova in un'analoga distinzione fatta nel medesimo frammento un po' prima, cioè in quel *adversus conductorem debitoremve.* Anche qui si distingue il *conductor* dal *debitor*, ciò che può parere superfluo dal momento che il punto importante nel rescritto di Gordiano stava nel distinguere se in seguito alla conchiusa vendita la cosa fosse stata anche consegnata o si trovasse invece ancora presso il debitore, non già il trattarsi di locazione e di altro rapporto giuridico, eguali essendo le conseguenze, qualunque fosse il titolo del credito: in ogni caso infatti contro il soggetto passivo dell'obbligazione competeva solo il Salviano, rimanendo esclusa l'azione ipotecaria, mentre questa e quello competevano contro il compratore. Sicchè io dico: O l'imperatore volle effettivamente nel riguardo del compratore distinguere due azioni che in fondo erano differenti ed in tal caso fu logico e naturale che anche riguardo al soggetto passivo dell'obbligazione egli distinguesse il conduttore (*conductor*) dal debitore in generale (*debitor*), pur rendendo soggetto e parificando così l'uno come l'altro di fronte al Salviano; in tal caso riportandoci per così dire al lavoro mentale di Gordiano nel comporre la l. 1. C. cit. il *conductorem debitoremve* sarebbe stato una conseguenza del *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis* O viceversa l'imperatore parlando del Salviano nei riguardi del soggetto passivo dell'obbligazione, credette opportuno di accennare di passaggio allo svolgimento storico che tale mezzo aveva subito, estendendosi dalla locazione a tutti i rapporti di credito, ed in tal caso era ben logico e naturale che anche per l'azione ipotecaria distinguesse la locazione dai rapporti di credito in generale e, ri-

(1) Contro l'interpretazione del **Dernburg,** vedi §. 26.

producendo l'analogo svolgimento storico subito dall' azione ipotecaria, facesse menzione della *Serviana* e della *quasi Serviana:* in tal caso il *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis* sarebbe frutto del precedente *conductorem debitoremve.* In qualunque ipotesi una distinzione concorre a giustificar l' altra. Aggiungo come a mio parere, pur non escludendo la prima, trovo preferibile la seconda versione. Si osservi come anche nel linguaggio comune quando si nomina una cosa che sorse ristretta a date circostanze, la mente ricorre spontanea, quando pure si parli delle ulteriori applicazioni, a quelle circostanze caratteristiche che ne accompagnarono l' origine: non ci deve pertanto far alcuna meraviglia che un simile lavorio mentale sia stato tradotto nello scritto, specie considerando che l' estensione probabilmente era avvenuta non molto innanzi al tempo in cui Gordiano dava la sua costituzione.

Di fronte a tali considerazioni come apparisce savio l' uso del *ve* nell' espressione *adversus conductorem debitoremve*! Il suffisso posto fra due sostantivi li allontana meno della particella sciolta e meglio li raggruppa sotto un' identica norma; ed all' imperatore doveva appunto star a cuore di non staccare troppo il *conductorem* dal *debitorem,* mentre l' importante nella sua costituzione era distinguere, come già osservammo, non il titolo del credito, ma le persone, a seconda che, conclusa la vendita, la cosa si trovava ancora in mano dell' oppignorante o già ne era stata fatta la tradizione al compratore. Gordiano pertanto anzichè inesatto, si mostrò in tutto il suo rescritto molto diligente, specie nella frase *adversus conductorem debitoremve* nella quale si pretende invece di trovare le maggiori inesattezze.

§. 47. — c) **Id (int. Salv.) enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit.** In questo inciso, a differenza di tutti gli altri scrittori, noi arrestiamo la locuzione col *tantummodo* per modo che quest' ultimo si lega direttamente e particolarmente all' *id enim* che lo precede anzichè all' *adversus conductorem debitoremve* che gli tien dietro; il senso allora deriva tal quale più addietro lo abbiamo esposto, cioè che l' interdetto Salviano soltanto compete contro il debitore, mentre (completando il senso colle altre parole) contro il compratore si può esperire anche l'azione ipotecaria.

La nostra proposta non può non accettarsi, dinanzi al fatto che, leggendo attentamente le fonti, troviamo senza paragone maggiore il numero delle volte in cui il *tantummodo* è legato direttamente

alle parole che gli stanno prima, di quelle in cui si lega a quanto lo segue, come dimostrano i passi qui sotto citati (1).

(1) Nel Digesto è scarso l'uso di tale parola, tuttavia relativamente sono parecchi i casi nei quali è adoperata in questo modo. L. 25. §. 6 e L. 30. D. *de hered. pet.* 5. 3, L. 11. §. 1, L. 12 e L. 15. D. *de pec. constit.* 13. 5, L. 57. D. *loc. cond.* 19. 2, L. 38. D. *de accusation.* 27. 1, L. 108. §. 12. D. *de legat.* I, L. 8. §. 2 e L. 34. §. 5. D. *de leg.* II, L. 83. §. 1. D. *de leg.* III, L. 21. §. 1. D. *de donation.* 39. 5, L. 56 (54). D. *ad S. C. Trebell.* 36. 1. Frequentemente invece tale parola è adoperata nel Codice e molto copiosi ed in proporzioni assai maggiori sono i casi nei quali è legata direttamente e particolarmente a quanto la precede, anzichè a ciò che la segue: L. 25. §. 2, L. 48 (49). §. 7, L. 54 (56). §. 4. C. *de episc. et cler.* 1. 3, L. 16 e L. 19. C. *de episc. aud.* 1. 4, L. 19. pr. C. *de haeret. et manich.* 1. 5, L. 1. §. 10. C. *de vet. iur. enucl.* 1. 17, L. 6. pr. C. *de div. rescript.* 1. 23, L. 2. C. *de off. praed.* 1. 39, L. 2. C. *de fid. min.* 2. 23 (24), L. 13. §. 5. C. *de iudic.* 3. 1, L. 3. pr. C. *de sport. et sumpt. lit.* 3. 2, L. 36. §. 2 e L. 37. §. 1. C. *de inoff. test.* 3. 28, L. 12. §. 2. C. *de petit. hered.* 3. 31, L. 6. C. *fin. regund.* 3. 39, L. 2. §. 1. C. *de constit. pec.* 4. 18, L. 2 (3) §. 1. C. *per quas personas* 4. 27, L. 28. pr. e §. 1. C. *de usuris* 4. 32, L. 23. §, 2. C. *mandati* 4. 35, L. 5. C. *si quis alteri* 4. 50, L. 7. C. *de rebus alien. non al.* 4. 51, L. 5. §. 4. C. *de sponsal.* 5. 1, L. 1. §. 1. C. *de rei ux. act.* 5. 13, L. 8. §. 2, L. 11. §. 4 e L. 12. §. 4. C. *de natur. lib.* 5. 27, L. 5. pr. C. *de legit. tut.* 5. 30, L. 3. §. ult. C. *si maior factus* 5. 74, L. 22. §. 3. C. *de furtis* 6. 2, L. 20. §. 2. C. *de collation.* 6. 20, L. 13. C. *de hered. inst.* 6. 24, L. 4. §. 4. C. *de lib. praet.* 6. 28, L. 22. pr. C. *de iure delib.* 6. 30, L. 6. §. 1. C, *de repud. vel abst. hered.* 6. 31, L. 2. pr. C. *de indicta vid.* 6. 40, L. 2. §. 3. C. *comm. de leg.* 6. 43, L. 6. §. 10. C. *de caduc. toll.* 6. 51, L. 6. §. 3 e L. 8. §. 1. C. *de bonis quae lib.* 6. 61, L. un. C. *de dedit. lib. toll.* 7. 5, L. 2. C. *comm. de manum.* 7. 15, L. 8. C. *de liber. causa* 7. 16, L. 1. §. 1. C. *de adsert. toll.* 7. 17, L. un. §. 3. C. *de usucap. transf.* 7. 31, L. 12. §. 2. C. *de acq. et ret. poss.* 7. 32, L. 8. C. *quib. non obiic.* 7. 35, L. un. §. 1. C. *de sent. quae pro eo quod int. prof.* 7. 47, L. 37 pr. C. *de appellat.* 7. 62, L. 5. §. 1. C. *de tempor. et repar.* 7. 63, L. un. §. 5. C. *de raptu virgin.* 9. 13, L. 16. §. 1 e L. 18. C. *de quaestion.* 9. 41, L. 61. §. 1 e L. 67 (66) pr. C. *de decurion.* 10. 32 (31), L. 2. C. *de vestib. holov.* 11. 9 (8), L. un. §. 1. C. *de studiis liber.* 11. 19 (18), L. 15. §. 4. C. *de proxim. sacr. scrin.* 12. 19, L. 12. pr. C. *de palat. sacr. larg.* 12. 23 (24), L. 4. §. 3. C. *de castrens.* 12. 25 (26), L. 2. pr. e L. 3. §. 5. C. *de privil. schol.* 12. 29 (30), L. 17. pr. C. *de erog. milit.* 12. 37 (38), L. 11 e L. 12. pr. C. *de numer. act.* 12. 49 (50), L. 1. C. *de cursu publ.* 12. 50 (51), L. un. C. *de tract. et stat.* 12. 51 (52). Vedi anche nel Cod. Theod. L. 2. *de legit. heret.* 5. 1, L. 13. *de palat. sacr. larg.* 6. 30, L. 4. *de salgam. hospit. non praeb.* 7. 9, L. 4. §. 1 *de ve-*

Lo stesso Gordiano poi ne porge un esempio assai calzante nella L. 1 C. *si quis ignor. rem. esse minoris* 5, 73, che suona come segue:

Si ea, quae in iura tutoris hereditario titulo successit, possessionem tuam vendidit, si ut pupillarem distraxit, emptor, qui sciens a tutoris herede mercatus est, cum officium morte finiatur, alienam rem comparando de temporis intervallo nullam potuit adquirere defensionem: si vero ut suam distraxit ignoransque rem alienam emptor comparavit, neque statim per traditionem possessionis dominus effectus est, sed tantummodo adversus te statuti temporis, cum te legitimae aetatis esse non diffitearis, potest uti praescriptione.

La legge si riferisce all' alienazione dei beni del pupillo fatta dal tutore *sine decreto* ed al diritto di quello di rivendicarli. Gordiano contempla il caso in cui l' erede del tutore abbia venduto una possessione del pupillo e distinguendo il compratore in mala fede da quello di buona fede, dice che quest' ultimo non acquista già il dominio della cosa alienata colla tradizione della medesima, ma soltanto può opporre al pupillo uscito di minorità che vuole rivendicare la possessione alienata, la *praescriptio statuti temporis* (2). Ora evidentemente nel testo suesposto il *tantummodo* è messo in relazione col *neque.... dominus effectus est*, vale a dire il compratore di buona fede non diventa proprietario colla tradizione ma *soltanto* potrà opporre la *praescriptio statuti temporis*. Facendo scorrere invece la frase sino al *te* (*tantummodo adversus te*) bisognerebbe supporre che Gordiano avesse implicitamente stabilita una differenza fra i tentativi di rivendicazione fatti dal pupillo e quelli fatti da

teranis 7. 20, L. 49 *de cursu publ.* 8. 5, L. 15. *de metallis* 10. 19, L. 12. *de indulg. deb.* 11. 28, L. 6 *de lustr. collat.* 13. 1, L. 5. *de haeret.* 16. 5.

Analogamente vedi pel *solummodo:* L. 1. §. 2. D. *de nautae caup.* 4. 9, L. 23. §. 1. D. *de hered. pet.* 5. 3, L. 23. §. 1. D. *ad leg. Aquil.* 9. 2, L. 6. D. *de condict. causa data* 12. 4, L. 1. §. 1. D. *commodati* 13. 6, L. 54. pr. D. *loc. cond.* 19. 2, L. 6. D. *de pactis dot.* 23. 4, L. 2. §. 3. D. *de precario* 43. 26, L. 97. pr. D. *de O. et A.* 45. 1, L. 8 (6) D. *de adm. rer. ad civit. pertin.* 50. 8, L. 11. C. *de sentent. et interloc.* 7. 45.

(2) Si sa come era stabilito pel minore uno speciale termine di prescrizione che si cominciava a computare dalla maggiore età. (Cfr. L. 3. C. *si maior factus* 5. 74, L. 3 C. *quibus non ob. longi temp. praescr.* 7. 35.

altre persone. E qui osserviamo che intanto non sapremmo quali potrebbero essere questi altri rivendicatori: secondariamente anche ammettendoli, certo l'imperatore non pensò a loro in un rescritto speciale dato ad un pupillo (basta scorrere il testo per accertarsene): oltre a ciò contro di essi al caso tanto più doveva essere valida la *praescriptio statuti temporis*, una volta che la si ammetteva contro il pupillo. Da ultimo notiamo come quel... *neque... sed....* è una correlazione grammaticale che riflette senza dubbio una correlazione di concetto: ora questa sparisce affatto collegando il *tantummodo* all' *adversus te*. Il rescritto non potrebbe cader più a proposito per suffragare l'interpretazione da noi sostenuta. È dello stesso Gordiano; come nella L. 1. C. *de prec. et Salv. int.* 8, 9, al *tantummodo* segue l'*adversus* con un sostantivo (leggendosi in quest'ultima *adversus conductorem debitoremve*, nell'altra l'*adversus te*); è dato durante lo stesso consolato di Pio e Pontano a distanza di un giorno (3).

Nè Gordiano ci offre quest'unico appoggio. Nella L. 1. C. *si pignus pign. dat.* 8. 23 [24], data anche a questa a pochi giorni di differenza (4), al §. 1 si legge: *Sed si vos usumfructum possessionis tantummodo pignori dedistis.....* espressione nella quale senza dubbio, esaminando anche il resto della legge (5) la posa va dopo il *tantummodo*, che per tal guisa direttamente si congiunge coll' *usumfructum possessionis* che lo precede.

Un altro esempio porge Gordiano nella L. 9. C. *de donation. iuter vir. et uxor.* 5. 16 (6) che così comincia: *Etsi de tua pecunia mancipia uxori tuae comparata sunt, tamen, si ei sunt tradita, eorum dominium non ad te, sed ad eam pertinet, pecuniae autem tantummodo repetitionem habes.....* in cui si vede direttamente collegato il *tantummodo* col *pecuniae autem* in contrapposto col *dominium non ad te sed ad eam pertinet*, non già si vuol dire che del denaro ha luogo soltanto la ripetizione (*tantummodo repetitionem*).

(3) *V id. sept.* mentre l'altra porta la data *VI id. sept.*

(4) *Id. sept. Pio et Pontano conss.* [a. 238].

(5) §. 2. leg. cit. *Quod si non fuit vestro creditori ususfructus, sed ipsa possessio pignerata.....*

(6) Data pure in quel giro di tempo. *VII Kal. Oct. Pio et Pontano conss.* [a. 238].

Un altro esempio ancora il medesimo imperatore somministra, nella L. 4 C. *de collationibus* 6. 20, concepita come segue: ...... *nec dubium est profecticiam seu adventiciam dotem a patre datam vel constitutam fratribus qui in potestate fuerunt conferendam esse . his etenim qui in familia defuncti non sunt, profecticiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit*, per quel *profecticiam tantummodo dotem* posto a confronto col precedente *profecticiam seu adventiciam dotem.*

§. — 48 Quanto al «*adversus conductorem debitoremve*», come altrove abbiamo osservato (1), noi assegniamo a questa espressione il suo significato naturale, ordinario: *contro il conduttore ed in generale contro il debitore.* Già trattando il quesito dell' estensione del Salviano a tutti i creditori ipotecari, abbiamo dimostrato inaccettabili i tentativi fatti per distogliere quel *debitorem* dal suo significato naturale e limitarlo al rapporto di locazione considerandolo un pleonasmo oppure determinante od appendice del precedente *conductorem* (2). Ha la medesima portata del *debitor* adoperato in principio del rescritto. Come poi e per quale via l' imperatore Gordiano abbia indicato il soggetto passivo dell' obbligazione coll' espressione *conductorem debitoremve* anzichè col semplice *debitorem* già lo abbiamo spiegato più addietro (3), nè qui ci giova ripeterlo.

§. 49. — Come prima abbiamo contemplate (1) le obbiezioni che si potrebbero fare dal punto di vista dogmatico alla nostra interpretazione e ne abbiamo dimostrata l' inefficacia, parimenti ci occuperemo ora di un' obbiezione che ci potrebbe esser mossa dal punto di vista esegetico.

Taluno potrebbe dire che regolarmente si dovrebbe nella L. cit. prima completare una delle due proporzioni espresse, dicendo..... *integrum tibi ius est ea persequi non interdicto Salviano sed Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emptorem exercenda*, e poscia esporre l'altra

(1) Cfr. §. 6.
(2) Cfr. §. 6.
(3) Cfr. §. 46.
(1) Cfr. §. 40 n.e 1, 3, 5.

riportandosi con un *illud* al Salviano (*illud enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit*).

Ma intanto questa obbiezione si può egualmente fare contro gli altri scrittori, che, collocando la virgola dopo il *persequi*, ravvisano nel testo l'esclusione del Salviano, anzichè l'esclusione dell'obbligo di agire col Salviano (come in fondo facciamo noi), nè di spezzature consimili nell'esposizione di un concetto havvi scarsezza nelle fonti. Esaminando poi le circostanze concrete del caso possiamo dare anche una giustificazione speciale. Date infatti quelle circostanze si può ritenere che il creditore aveva già intentata contro il compratore degli oggetti venduti dal suo debitore l'azione ipotecaria e si pretendeva che egli dovesse invece perseguitarli col Salviano. Ciò posto si capisce come l'imperatore non dovesse aver gran fretta, escludendo l'obbligo del Salviano, di dire che il creditore poteva perseguitarli coll'azione ipotecaria. Gli dovea invece importare assai di far notare come il creditore avesse soltanto il Salviano allorchè fosse stato il caso di agire contro il debitore in quanto pur fatta la vendita non aveva ancora consegnate le cose vendute. L'importante era avvertire una distinzione per trascuraggine della quale appunto si sarebbe commesso un errore, l'importante era dire: è contro il debitore che compete soltanto il Salviano (sempre sulla base della vendita, circostanza capitale del rescritto): nè quindi ci dobbiamo meravigliare se l'imperatore ha fatto una simile anticipazione, spezzando l'esposizione dei due mezzi giuridici, giacchè l'esperibilità del secondo già naturalmente discendeva dall'esclusione dell'obbligo di intentare il primo. Anche nella logica piana del discorso usuale nella pratica comune della vita combattendo l'altrui asserzione istintivamente ci sentiamo tratti ad indicare tosto le circostanze diverse, esistendo le quali, quell'asserzione sarebbe vera o da noi approvata, prima di dire come bisogna effettivamente regolarsi nel caso in questione: ciò si fa per rendere più sollecita e più agevole a chi ci ascolta la percezione del suo errore.

Con questo eccoci giunti alla fine del compito che ci siamo proposti. E per quanto a noi sembri di aver soddisfatto alle esigenze della verità, non ci leviamo punto in superbia, immaginando che col nostro lavoro sarà pronunciata l'ultima parola sul grave

quesito. Saremo in ogni caso lieti d' averne offerta completa (1) ed accurata la storia ad altri più valenti che, facendone tema di studio, giungeranno a migliori risultati. In difesa generale dell' opera nostra, valga l' esserci tenuti lontani da tre vie egualmente fallaci, per le quali si incamminarono non pochi degli scrittori che in questo argomento ci hanno preceduto: intendiamo riferirci alle strane ed esagerate supposizioni, agli arbitrari emendamenti, alla violazione del naturale significato dei testi. Nè ci si dirà certamente immodesti se esprimiamo il desiderio che altri, battendo con miglior fortuna l' ardua via, almeno in questo ci abbia compagni.

Padova giugno 1887.

Dott. Cesare Bertolini.

(1) Anche i lavori speciali sull' interdetto Salviano furono da noi tutti studiati ed in tale questione sottoposti a critico esame: manca soltanto **Barth. Scapucini,** *de Salv. int.* (cfr. **Genoa,** *Concil. cunct. leg.* etc. Venet. 1616, pag. 513) di cui invano abbiamo fatto ricerca.